

Die unter Mitwirkung der Schweizerischen
Bankiervereinigung erfolgten Vereinbarungen,
Richtlinien und Empfehlungen

DISSERTATION

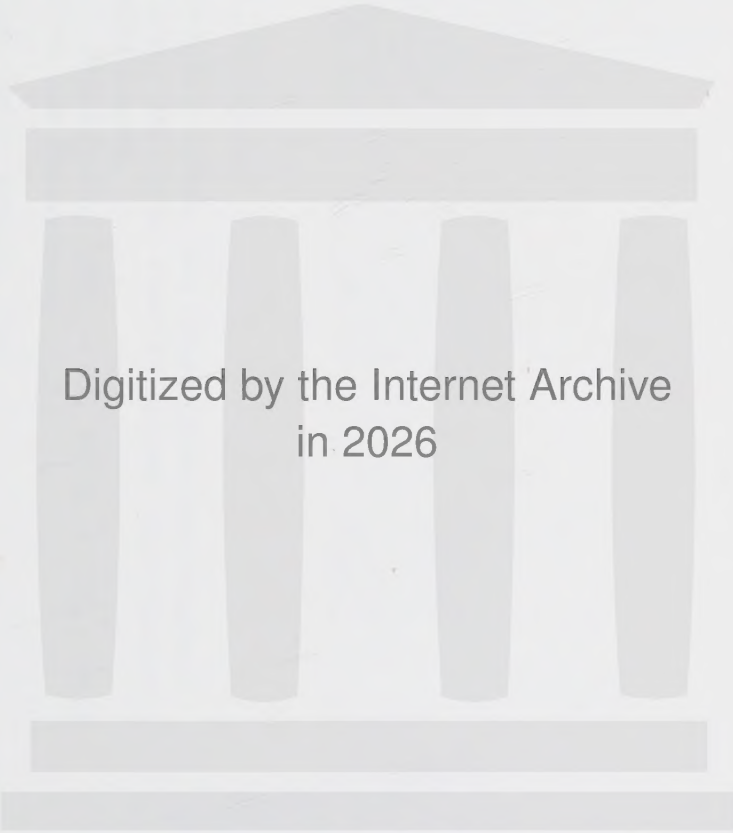
der Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Zürich
zur Erlangung der Würde eines Doktors der Rechtswissenschaft

vorgelegt von
CHRISTIAN SCHMID
von Vechigen BE

genehmigt auf Antrag von
Herrn Prof. Dr. Peter Forstmoser

1902
2

Schulthess Polygraphischer Verlag AG, Zürich



Digitized by the Internet Archive
in 2026

Die unter Mitwirkung der Schweizerischen
Bankiervereinigung erfolgten Vereinbarungen,
Richtlinien und Empfehlungen

DISSERTATION

der Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Zürich
zur Erlangung der Würde eines Doktors der Rechtswissenschaft

vorgelegt von
CHRISTIAN SCHMID
von Vechigen BE

genehmigt auf Antrag von
Herrn Prof. Dr. Peter Forstmoser

Schulthess Polygraphischer Verlag AG, Zürich

Die Rechts- und staatswissenschaftliche Fakultät gestattet hierdurch die Drucklegung vorliegender Dissertation, ohne damit zu den darin ausgesprochenen Anschauungen Stellung zu nehmen.

Zürich, den 24. Februar 1982

Der Dekan:

Prof. Dr. G. Hauser



Diese Arbeit erscheint unter dem gleichen Titel als Band 23 der Reihe "Schriften zum Bankenwesen" im Schulthess Polygraphischer Verlag AG Zürich.

©Schulthess Polygraphischer Verlag AG Zürich 1982

Druck: Huber Druck AG Entlebuch

VORWORT

Die schweizerischen Banken stehen der Schweizerischen Nationalbank, der Eidgenössischen Bankenkommision und der Schweizerischen Bankiervereinigung gegenüber.

Diese drei wichtigsten Träger von verschiedenen Ordnungsmitteln vermögen das Verhalten der Banken massgebend zu beeinflussen. Dabei stehen der Nationalbank das Notenbankinstrumentarium, der Bankenkommision die Aufsichtsmittel des Bankengesetzes und der Bankiervereinigung die Instrumente der Vereinbarung, Richtlinie und Empfehlung zur Verfügung. Diese letzten bilden den Gegenstand der vorliegenden Arbeit.

Das Material ist bis anfangs Juli 1981 berücksichtigt.

Für die mannigfache Unterstützung möchte ich mich bei Herrn Professor Dr. iur. Peter Forstmoser, bei Herrn lic. rer. pol. Carlo Mati, bei meiner Schwester Emma und bei meinem Bruder Hermann bedanken.

Bern und Zürich, im August 1981

CS

INHALTSUEBERSICHT

Inhaltsverzeichnis	IX
Abkürzungen	XIII
Literatur	XV
Zusammenstellung der am 1. Januar 1982 in Kraft stehenden Konventionen	XIX
§ 1 Grundlagen	1
I. Gemeinsamer Aufbau und Inhalt	1
II. Träger von Ordnungsmitteln im Bankgewerbe	20
III. Rolle der Vereinbarungen, Richtlinien und Empfehlungen	30
§ 2 Allgemeiner Teil	38
I. Entstehung	38
II. Inhalt	42
III. Beendigung	52
§ 3 Besonderer Teil	56
I. Vereinbarung über die Sorgfaltspflicht bei der Entgegennahme von Geldern und die Handhabung des Bankgeheimnisses vom 1. Juli 1977	56
II. Konvention III betreffend Kundenakquisition und Werbung der Banken vom 1. Februar 1980	67
III. Richtlinien für die Ausübung von Verwaltungsaufträgen an die Bank vom 7. September 1979	73
§ 4 Ausblick	80
I. Vergleich zu andern Ordnungsmitteln	80
II. Künftiger Anwendungsbereich	82
III. Würdigung	85

INHALTSVERZEICHNIS

§ 1 Grundlagen	1
I. Gemeinsamer Aufbau und Inhalt	1
A. Gemeinsamer Aufbau	2
1. Einfache Vereinbarung	2
a. Bank und Schweizerische Bankiervereinigung als Parteien	3
b. Bank und dritte Person als Parteien	6
c. Banken als alleinige Parteien	9
2. Einfache Richtlinie/Empfehlung	11
3. Vereinbarung auf Grund einer Vereinbarung	13
4. Richtlinie/Empfehlung auf Grund einer Ver- einbarung	15
B. Gemeinsamer Inhalt	18
II. Träger von Ordnungsmitteln im Bankgewerbe	20
A. Eidgenössische Bankenkommission	21
B. Schweizerische Nationalbank	24
C. Schweizerische Bankiervereinigung	28
III. Rolle der Vereinbarungen, Richtlinien und Emp- fehlungen	30
A. Bankiervereinigung - Banken	30
B. Bankiervereinigung - Nationalbank	32
C. Bankiervereinigung - Bankenkommission	34
D. Nationalbank - Bankenkommission	37
§ 2 Allgemeiner Teil	38
I. Entstehung	38
A. Rechtsverbindlichkeit	38
1. Vereinbarung	39
2. Richtlinie und Empfehlung	40
B. Eintritt einer aufschiebenden Bedingung	41

II. Inhalt	42
A. Pflichten der Bank	42
1. Umfang	42
2. Geltungsbereich	45
3. Folgen der Pflichtverletzung	45
B. Pflichten der Bankiervereinigung	48
1. Sorge für die Anwendbarkeit	48
2. Vollstreckungspflicht	50
3. Folgen der Pflichtverletzung	52
III. Beendigung	52
A. Erfüllung	52
B. Eintritt einer auflösenden Bedingung	53
C. Kündigung	54
§ 3 Besonderer Teil	56
I. Vereinbarung über die Sorgfaltspflicht bei der Entgegennahme von Geldern und die Handhabung des Bankgeheimnisses vom 1. Juli 1977	56
A. Ueberblick über den Aufbau	56
B. Vereinbarkeit mit BV 39 III und BaG 23 ^{ter} I	58
C. Andere Rechtsfragen	60
1. Wahrung des Bankgeheimnisses	60
2. Vollstreckbarkeit der Konventionalstrafe	62
3. Bankenaufsichtsrechtliche Folgen einer Vertragsverletzung	65
II. Konvention III betreffend Kundenakquisition und Werbung der Banken vom 1. Februar 1980	67
A. Ueberblick über den Inhalt	67
B. Vereinbarkeit mit BV 31 ^{bis} III lit. d	68
C. Andere Rechtsfragen	70
1. Teilnahme Dritter an einer Vertragsver- letzung	70
2. Aufsichtsrechtliche Folgen einer Vertrags- verletzung	71
3. Strafrechtliche Folgen einer Vertragsver- letzung	72

III. Richtlinien für die Ausübung von Verwaltungsaufträgen an die Bank vom 7. September 1979	73
A. Uebersicht über den Inhalt und Aufbau	73
1. Inhalt	74
2. Aufbau	75
B. Vereinbarkeit mit BaG 23, ^{ter} I	76
C. Andere Rechtsfragen	77
1. Aufsichtsrechtliche Folgen einer Richtlinienverletzung	77
2. Zivilrechtliche Folgen einer Richtlinienverletzung	78
§ 4 Ausblick	80
I. Vergleich zu andern Ordnungsmitteln	80
II. Künftiger Anwendungsbereich	82
A. Bankiervereinigung - Banken	82
B. Bankiervereinigung - Nationalbank	83
C. Bankiervereinigung - Bankenkommision	84
III. Würdigung	85

ABKUERZUNGEN

a. M.	anderer Meinung
AS	Amtliche Sammlung der eidgenössischen Gesetze
ASR	Abhandlungen zum schweizerischen Recht
EaG	Bundesgesetz über die Banken und Sparkassen vom 8. November 1934 (SR 952.0)
bav	verordnung zum Bundesgesetz über die Banken und Sparkassen vom 17. Mai 1972 (inkl. Aenderungsverordnung vom 1. Dezember 1980; SR 952.02)
Ebl	Bundesblatt
Ed.	Band
UGE	Amtliche Sammlung der Entscheidungen des Bundesgerichtes
EV	Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 29. Mai 1874 (SR 101)
EBK	Eidgenössische Bankkommission oder Jahresbericht der Eidgenössischen Bankkommission
gl. M.	gleicher Meinung
KG	Bundesgesetz über Kartelle und ähnliche Organisationen vom 20. Dezember 1962 (SR 251)
Konvention III	Konvention III betreffend Kundenakquisition und Werbung der Banken vom 1. Februar 1980
m. E.	meines Erachtens
N	Note
NBG	Nationalbankgesetz vom 23. Dezember 1953 (SR 951.11)
NZZ	Neue Zürcher Zeitung
OR	Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünf-

	ter Teil: Obligationenrecht) vom 30. März 1911 (SR 220)
RAV	Richtlinien für die Ausübung von Verwaltungsaufträgen an die Bank vom 7. Septemoer 1979
SAG	Schweizerische Aktiengesellschaft, Zeitschrift für Handels- und Wirtschaftsrecht (Zürich)
SBVg	Schweizerische Bankiervereinigung oder Jahresbericht der Schweizerischen Bankiervereinigung
SchKG	Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs vom 11. April 1889 (SR 281.1)
SJZ	Schweizerische Juristen-Zeitung (Zürich)
SNB	Schweizerische Nationalbank oder Geschäftsbericht der Schweizerischen Nationalbank
SR	Systematische Sammlung des Bundesrechts
UWG	Bundesgesetz über den unlauteren Wettbewerb vom 30. September 1943 (SR 241)
vgl.	vergleiche
VSb	Vereinbarung über die Sorgfaltspflicht bei der Entgegennahme von Geldern und die Handhabung des Bankgeheimnisses vom 1. Juli 1977
VwVG	Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren vom 20. Dezember 1968 (SR 172.021)
WuR	Wirtschaft und Recht, Zeitschrift für Wirtschaftspolitik und Wirtschaftsrecht mit Einschluss des Sozial- und Arbeitsrechtes (Zürich)
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907 (SR 210)
ZPO	Gesetz über den Zivilprozess (Zivilprozessordnung des Kantons Zürich) vom 13. Juni 1976
ZSR	Zeitschrift für Schweizerisches Recht (Basel)

LITERATUR

Die nachstehend aufgeführten Schriften werden nur mit dem Verfasser-
namen und, wenn nötig, zusätzlich mit gekürzter Angabe des Titels
zitiert.

- Aubert, Jean-François: Traité de droit constitutionnel suisse, tome I
et II (Neuchâtel 1967)
- Aubert, Maurice/Kernen, Jean-Philippe/Schönle, Herbert: Das schweize-
rische Bankgeheimnis (Bern 1978)
- Bär, Nicolas J.: Umfang und Bedeutung der Vermögensverwaltung in der
Schweiz, in: NZZ vom 24. Oktober 1978 Nr. 247 Seite 85
- Bodenmann, Hermann: Möglichkeiten eines verbesserten Einlegerschutzes
durch Schweizer Banken, WuR 30 (1978) 125 ff
- Bodmer, Daniel/Kleiner, Beat/Lutz, Benno: Kommentar zum Bundesgesetz
über die Banken und Sparkassen vom 8. November 1934 sowie zu der
Verordnung vom 17. Mai 1972 und der Vollziehungsverordnung vom
30. August 1961 (Zürich 1976)
- Büren, Bruno von: Kommentar zum Bundesgesetz über den unlauteren Wett-
bewerb vom 30. September 1943 (Zürich 1957)
- Ehrsam, Paul: Die Verfassungsgrundlage für den Ausbau des Instrumenta-
riums der Nationalbank (Versuch einer Synthese), in: WuR 19 (1967)
91 ff
- Das Instrumentarium der Schweizerischen Nationalbank, WuR 28 (1976)
135 ff
- Eulau, Peter H.: Verleitung zum Vertragsbruch und Ausnutzung fremden
Vertragsbruchs (Schweizer Schriften zum Handels- und Wirtschafts-
recht Bd. 17, Zürich 1976)
- Felder, Karl A.: Die Schweizerische Nationalbank ... (NZZ-Schriften
zur Zeit Bd. 35, Zürich 1976)
- Forstmoser, Peter: Allgemeine Geschäftsbedingungen im Bankverkehr, in:
Rechtsprobleme der Bankpraxis (Bankwirtschaftliche Forschungen Bd.
36, Bern und Stuttgart 1976) 11 ff
- Gauch, Peter: Der Zweigbetrieb im schweizerischen Zivilrecht (Zürich
1974)
- Gautschi, Georg: Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Das
Obligationenrecht, 2. Abt.: Die einzelnen Vertragsverhältnisse,
4. Teilband: Der einfache Auftrag (Art. 394 - 406 OR) (3. A. Bern
1971)

- Gygi, Fritz: Die schweizerische Wirtschaftsverfassung (Berner Beiträge zur Nationalökonomie Ed. 34, Bern und Stuttgart 1978)
- Heini, Anton: Schweizerisches Privatrecht, Zweiter Band: Einleitung und Personenrecht, Die Vereine (Basel und Stuttgart 1967)
- Heinrich, Peter: Die Handels- und Gewerbebefreiheit im Bankgewerbe (Bankwirtschaftliche Forschungen Bd. 20, Bern und Stuttgart 1973)
- Huber, Hans: Rückblick auf die "neuen" Wirtschaftsartikel der Bundesverfassung, in: Festgabe Hugo Sieber (Bern und Stuttgart 1976) 57 ff
- Klauser, Peter: Das schweizerische Bankgeheimnis und seine internationale Tragweite, WuR 29 (1977) 1 ff
- Drei Jahre Vereinbarung über die Sorgfaltspflicht der Banken, Eine Zwischenbilanz (Zürich 1980)
- Kleiner, Beat: Die Gesetzgebung über das Bankwesen in Bund und Kantonen (Schriften zum Bankwesen Bd. 4, 2. A. Zürich 1979)
- Kummer, Max: Der Begriff des Kartells (Bern 1966 = ASR 372)
- Lehmann, Georg: Das Verbandswesen im Schweizerischen Bankgewerbe (Diss Bern 1956)
- Leutwiler, Fritz: Referat an die Generalversammlung der SNB vom 25. April 1980, in: Beilage zum Monatsbericht der SNB, Heft Nr. 5 vom Mai 1980
- Lusser, Markus: Die Schweizerische Bankenaufsicht im Spannungsfeld von Gesetz und Praxis, WuR 28 (1976) 162 ff
- Staat und Banken (Schriftenreihe der Schweizerischen Bankiervereinigung, Basel 1980)
- Lutz, Benno: Die bankengesetzliche Revisionsstelle, Der Schweizer Treuhänder 52 (1978) Heft 3, 4 ff
- Marti, Hans: Die Wirtschaftsfreiheit der Schweizerischen Bundesverfassung (Basel und Stuttgart 1976)
- Meier-Hayoz, Arthur/Forstmoser, Peter: Grundriss des schweizerischen Gesellschaftsrechts (2. A. Bern 1976)
- Merz, Hans: Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Einleitung, Art. 1 - 10 ZGB (Bern 1966)
- Das schweizerische Kartellgesetz, Grundlagen und Hauptprobleme (Bern 1967 = ASR 376)
- Müller, Bernhard: Die Entwicklung der Bankenaufsicht in der Schweiz, SAG 49 (1977) 1 ff
- Die Funktion der Eidgenössischen Bankenkommision, Der Schweizer Treuhänder 52 (1978) Heft 3, 10 ff
- Müller, Christoph M.: Die Bewilligung zum Geschäftsbetrieb einer nach schweizerischem Recht organisierten Bank (Bankwirtschaftliche Forschungen Bd. 47, Bern und Stuttgart 1978)
- Müller, Jörg P.: Gebrauch und Missbrauch des Dringlichkeitsrechts nach Art. 89^{bis} BV (Staat und Politik Bd. 18, Bern 1977)

- Nef, Hans: Unabhängige Schiedsgerichte, in: Festschrift zum 70. Geburtstag von Prof. Dr. Hans Fritzsche, Fragen des Verfahrens- und Kollisionsrechtes (Zürich 1952) 99 - 113
- Nobel, Peter: Praxis zum öffentlichen und privaten Bankenrecht der Schweiz (Bern 1979)
- Oftinger, Karl: Bundesgerichtspraxis zum Allgemeinen Teil des Schweizerischen Obligationenrechts (2. A. Zürich 1973)
- Schweizerisches Haftpflichtrecht I (4. A. Zürich 1975)
- Perrin, Jean-François: Les conventions déclarées de force obligatoire générale en tant que source de droit, ZSR 95 II (1976) 485 ff
- Pestalozzi, Anton: Rechtsbuch der schweizerischen Bundessteuern, Band 6 (Basel 1980)
- Rentsch, Hanspeter: Die rechtliche Ordnung des Marketings im Bankengewerbe (Diss Bern 1978)
- Riniker, Peter: Die Bankenaufsicht (Diss Bern 1974)
- Sarasin, Alfred E.: Rolle und Aufgabe der Schweizerischen Bankiervereinigung ..., in: Schweizer Banken in der Welt von morgen (Bankwirtschaftliche Forschungen Bd. 25, Bern und Stuttgart 1975) 141 ff
- Präsidialadresse, 64. Schweizerischer Bankentag (Basel 1977)
- Schluep, Walter R.: Zum Wirtschaftsrecht (Bern 1978)
- Schmid, Beat: Die Unabhängigkeit der Schweizerischen Nationalbank und ihre rechtliche Sicherung (Diss Freiburg i. Ue. 1979 = ASR 459)
- Schmid, Hans: Geld, Kredit und Banken (Bankwirtschaftliche Forschungen Bd. 55, Bern und Stuttgart 1979)
- Schmid-Lenz, Werner: Die Vereinbarung über die Sorgfaltspflicht der Banken, SJZ 74 (1978) 117 ff
- Schürmann, Leo: Bundesgesetz über Kartelle und ähnliche Organisationen vom 20. Dezember 1962, Textausgabe mit Erläuterungen (Zürich 1964)
- Der Finanzplatz Schweiz aus der Sicht der Nationalbank, WuR 28 (1976) 121 ff
 - Wirtschaftsverwaltungsrecht (Bern 1978)
 - Nationalbankgesetz und Ausführungserlasse, Kommentar und Textausgabe (Bern 1980)
- Schuster, Leo: Kollektivhandlungen der Banken aufgrund von Absprachen, WuR 28 (1976) 189 ff
- Schweizerische Kartellkommission: Die Wettbewerbsverhältnisse im schweizerischen Bankgewerbe, 3 (1968) Heft 4
- Die Konzentration im schweizerischen Bankgewerbe, 14 (1979) Heft 1/2
- Schweizerische Nationalbank: Jubiläumsschrift (Zürich 1957)
- Das schweizerische Bankwesen im Jahre 1979, Nr. 64 (Zürich 1980)
- Stopper, Edwin: Notenbank und Wirtschaft (Bankwirtschaftliche Forschungen Bd. 22, Bern und Stuttgart 1974)
- Troller, Alois: Immaterialgüterrecht II (2. A. Basel und Stuttgart 1971)

- Troxler, Heinrich: Vergleichende Werbung (Zürich 1970)
- Troxler, Werner: Die Treuepflicht des Genossenschafters (Diss Freiburg i. Ue. 1953)
- Tuchtfeldt, Egon: Gentlemen's Agreements - der schweizerische Beitrag zum geldpolitischen Instrumentarium, in: Probleme der schweizerischen Geldpolitik (Berner Beiträge zur Nationalökonomie Bd. 11, Bern und Stuttgart 1969) 89 ff
- Tuhr, Andreas von/Peter, Hans: Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts I (3. A. Zürich 1974/1979)
- Tuhr, Andreas von/Escher, Arnold: Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts II (3. A. Zürich 1974)
- Umbricht-Maurer, Rose-Marie: Das Depotgeschäft ... (Schriften zum Bankwesen Bd. 20, Zürich 1976)
- Velden, Klaus-Jürgen van der: Die Möglichkeiten der Kartellbindung im Rahmen rechtsfähiger Vereine ... (Diss Basel 1965, Maschschr)
- Wiget, Felix: Schiedsgerichte und Schiedsgutachten, in: Sträuli, Hans/Messmer, Georg: Kommentar zur Zürcherischen Zivilprozessordnung (Zürich 1976)

KONVENTIONEN

Am 1. Januar 1982 standen folgende Konventionen in Kraft:

1. Konvention I zum Schutze des Wechselgeschäftes, in Kraft seit dem 15. Juni 1922
2. Konvention II betreffend Vergütung von Zinsen auf Kontokorrent - Guthaben von Banken, in Kraft seit dem 1. Januar 1977
3. Konvention III betreffend Kundenakquisition und Werbung der Banken, in Kraft seit dem 1. Februar 1980
4. Zirkular Nr. 517 D vom 23. Dezember 1980 (Zusatz zur Konvention III)
5. Konvention IV betreffend einheitliche Gebührenberechnung für offene Depots, in Kraft seit dem 1. Januar 1969, inkl. Kommentar zur Konvention IV (revidierte Fassung 1975)
6. Konvention V betreffend Ueberwälzung der Umsatzabgabe, in Kraft seit dem 1. Juli 1974/1. April 1978
7. Konvention VI betreffend Bedingungen für Barauszahlungen, Leistungen im Reiseverkehr, Kreditbriefausstellungen und Geldsendungen durch die Post, in Kraft seit dem 1. Oktober 1977
8. Konvention VII betreffend Spesen und Valutierung für den Zahlungsverkehr und Barauszahlungen, in Kraft seit dem 1. März 1978
9. Konvention VIII betreffend Beschränkung der Rückvergütung von Kommissionen an Untervermittler bei öffentlichen Emissionen, in Kraft seit dem 1. Juli 1925
10. Konvention IX betreffend Einlösekommissionen auf Coupons und rückzahlbaren Titeln und deren Retrozession, in Kraft seit dem 15. November 1932/20. Januar 1965
11. Konvention X ist seit dem 1. Januar 1977 ausser Kraft.
12. Konvention XI betreffend Minimalbedingungen im Dokumentar - Akkreditiv - Geschäft, in Kraft seit dem 1. August 1944/1. Februar 1978
13. Konvention XII betr. den Akzeptkredit, in Kraft seit dem 15. März 1948

14. Konvention XIII betreffend Vereinfachung des Inkassos von Wechseln und Checks, in Kraft seit dem 1. Februar 1951
15. Konvention XIV betreffend Herstellung, Abgabe und Benützung der schweizerischen Einheitschecks, in Kraft seit dem 1. Januar 1978
16. Konvention XV betreffend Herstellung, Abgabe und Benützung der eurocheque-Karten, in Kraft seit dem 1. Januar 1978
 - Anhang 1: eurocheque-Kartenreglement
 - Anhang 2: eurocheque-Schaden-Pool
 - Anhang 3: Schadenreglement für eurocheque-Kartenkunden
 - Anhang 4: Schadenreglement für Banken

§ 1 Grundlagen

Die Vereinbarungen, Richtlinien und Empfehlungen wollen das Verhalten der Banken bestimmen. Vom Blickwinkel der Bank aus gesehen, weisen diese Verhaltensregeln Gemeinsamkeiten in Aufbau und Inhalt auf. Dabei wird sich zeigen, dass nicht nur die Bankiervereinigung daran beteiligt ist, sondern unter anderem auch die Nationalbank und die Bankenkommision (I). Die folgenden Ausführungen gelten den eben erwähnten drei Organisationen (II), wobei den Vereinbarungen, Richtlinien und Empfehlungen als Bindeglied eine besondere Bedeutung zukommt (III).

I. Gemeinsamer Aufbau und Inhalt

Wenn eine Bank von der Bankiervereinigung auf dem Zirkularwege eine Vereinbarung, Richtlinie oder Empfehlung erhält, so wissen beide Seiten, dass die darin enthaltenen Pflichten gewisse tatsächliche Eigengesetzlichkeiten aufweisen^{1,2}.

1 Bei der Begriffsbestimmung der Bank lehne ich mich im folgenden an die zu Art. 1 und 2 BaG ergangene Lehre und Rechtsprechung an, vgl. Bodmer/Kleiner/Lutz N 7 - 49 zu BaG 1 und N 1 - 22 zu BaG 2.

2 Ueberlegungen zu möglichen Rechtsfolgen fehlen in diesem §. Sie bilden den Gegenstand des § 2, sofern die tatsächlichen Eigengesetzlichkeiten gesetzliche Tatbestände erfüllen.

A. Gemeinsamer Aufbau

Die Vereinbarungen, Richtlinien und Empfehlungen weisen eine grosse Zahl von verschiedenen Erscheinungsformen auf. Doch bei näherer Betrachtung stellen sie nichts anderes als Abwandlungen von Konventionen und damit eines schon sehr alten Verständigungsmittels innerhalb der Bankiervereinigung dar³. Am verständlichsten erscheint mir eine Untersuchung, die bei der einfachsten Erscheinungsform beginnt und bei der verwickeltsten aufhört.

1. Einfache Vereinbarung

In der Regel steht einer beliebigen Bank die Schweizerische Bankiervereinigung gegenüber, wobei die anderen Banken in diese Beziehung eingeflochten sind (a). Gelegentlich übernimmt die SBVg nur die Vermittlung, und eine dritte Person tritt an ihre Stelle (b). In einem einzigen Fall steht der Bank gar keine Person gegenüber, weil die Bankiervereinigung aus einem besonderen Grund nicht teilnehmen kann (c).

3 Die konstituierende Versammlung der Vereinigung von Vertretern des Schweizerischen Bankgewerbes (heute: Schweizerische Bankiervereinigung) fand am 16. November 1912 statt. Die erste, heute noch in abgeänderter Fassung gültige Konvention I zum Schutze des Wechselgeschäftes stammt vom Jahre 1914.

a. Bank und Schweizerische Bankiersvereinigung als Parteien

aa. Diese Art von Vereinbarung entsteht durch Zustimmung der Bank gegenüber der Bankiersvereinigung. In der Fachsprache heisst eine derartige Vereinbarung Konvention⁴. Sie bildet den Schlüssel zum Verständnis aller weiteren Erscheinungsformen. Als Beispiel sei die Konvention IV vom 1. Januar 1969 betreffend einheitliche Gebührenberechnung für offene Depots angeführt:

bb. In einer detaillierten Regelung verpflichten sich die Banken, gewisse Mindestgebühren zu berechnen⁵. Die Bank, die auf dem Zirkularweg zur Unterzeichnung aufgefordert ist, wird der Konvention aber nur zustimmen, wenn es die Konkurrenzbank bzw. die konkurrierende Bankengruppe auch tut. Die Entstehungsgeschichte der Konvention IV belegt diese Erscheinung⁶. Ferner wird sie nur so lange bei ihrer Zustimmung bleiben, als es die Konkurrenzbank bzw. konkurrierende Bankengruppe auch tut⁷.

Die soeben dargestellten Ueberlegungen gelten natürlich auch für die Konkurrenzbank hinsichtlich ihrer Konkurrenten usw. Fasst man diese Erscheinung zusammen, so ergibt sie ein Geflecht vieler, zwischen der

4 Vgl. die Zusammenstellung der am 1. Januar 1982 in Kraft stehenden Konventionen auf Seite XIX f.

5 "Die unterzeichnenden Mitglied-Banken verpflichten sich, für die Aufbewahrung und Verwaltung von Wertpapieren ... im offenen Depot eine Depotgebühr gemäss nachstehenden Bestimmungen zu berechnen." Vgl. auch Schweizerische Kartellkommission, Wettbewerbsverhältnisse 267 f.

6 Vgl. SBVg 5(1916/1917) 30 - 34 und SBVg 6(1917/1918) 69 - 75.

7 Art. 12 der Konvention IV enthält den für alle Konventionen typischen Wortlaut: "Die Konvention kann von jedem Mitglied für sich auf Ende eines Kalenderjahres durch eine mindestens ein Jahr vorher erfolgte Anzeige an das Sekretariat der Vereinigung gekündigt werden."

Bankiervereinigung und den einzelnen Banken bestehender Beziehungen, die gegenseitig von einander abhängig sind⁸. Die SBVg erscheint so als Trägerin eines wenig gefestigten Geflechtes, das zudem stark störungsanfällig ist. Die Ursachen davon liegen meistens in neuen Gegebenheiten am Markt oder auch im Konkurrenzdruck^{9,10}.

cc. Aus den eben erwähnten Umständen erwachsen auch der Bankiervereinigung Pflichten aus der Vereinbarung: Auf der einen Seite muss sie dafür sorgen, dass die Bestimmungen der Vereinbarung überhaupt anwendbar bleiben; auf der anderen Seite muss sie darauf achten, dass den anwendbaren Bestimmungen nachgelebt wird.

Als Beispiel sei wiederum die Konvention IV vom 1. Januar 1969 herangezogen: Neben der eigentlichen Konvention steht ein von der SBVg verfasster Kommentar zur Konvention IV (revidierte Fassung 1975), der namentlich die letzten Erscheinungen im Depotgeschäft (z. B. Pro-missory Notes) berücksichtigt. Als Folge der "Anwendungspflicht" sind ebenfalls die sog. Interpretationen zu betrachten, in der die SBVg den Inhalt umstrittener Bestimmungen festlegt¹¹.

8 Art. 12 der Konvention IV fährt entsprechend fort (s. N 7): "Von erfolgten Kündigungen ist sämtlichen Mitgliedern sofort Kenntnis zu geben; diese haben alsdann das Recht, sich binnen eines Monats einer solchen Kündigung anzuschliessen, auch wenn bis zum Kündigungstermin nicht mehr ein volles Jahr laufen sollte."

9 So fehlen in der Konvention IV vom 1. Januar 1933 Regelungen über Anteilscheine von Anlagefonds, Genussscheine oder gar Treasury Bills, während sie die Konvention IV vom 1. Januar 1969 erfasst.

10 Die Konventionen bezwecken gerade die Ermöglichung der freien Konkurrenz, vgl. Beilage zu SBVg 50(1961/62) 52.

11 In älteren Jahresberichten finden sich zahlreiche Interpretationen, vgl. SVBg 6(1917/1918) 75 - 76; SBVg 7(1918/1919) 103; SBVg 10 (1921/1922) 98 - 100.

Was die "Vollstreckungspflicht" anbelangt, so erscheint mir an dieser Stelle eine allgemeine Vorbemerkung über die Art und Weise der Verletzung von Vereinbarungen seitens der Banken als angebracht: Ausdrückliche Verletzungen kommen nach Aussagen von Verbandsfunktionären selten vor; weniger selten ist die Schaffung "neuer" Tatbestände, mithin die Umgehung¹². Das wirksamste Mittel, über das die SBVg verfügt, ist das persönliche Gespräch mit den direkt betroffenen Bankleitungen, weil Verstösse meist auf unterer Stufe geschehen¹³. Aber auch gelegentliche Appelle an das Solidaritätsgefühl spielen eine gewisse Rolle¹⁴. Konventionalstrafen fehlen. Die letzte fiel mit der Revision der Konvention IV vom 1. Januar 1969 dahin. Was das Verhältnis der beiden Aufgaben betrifft, so kommt der Vollstreckungspflicht nur eine kleine Bedeutung zu. Die Anwendungspflicht nimmt in einem Verband eines dynamischen Wirtschaftssektors und in einem Verband mit disziplinierten Mitgliedern einen wichtigeren Platz ein. Gleichwohl sind beide Pflichten nötig.

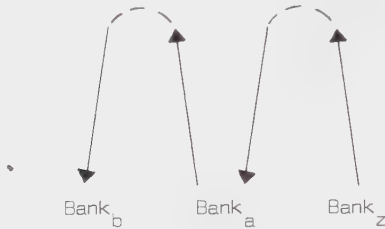
12 In SBVg 12(1923/1924) 82 steht geschrieben: "Es würden uns viele spitzfindige Fragen und schwierige Entscheide erspart, wenn der Wille der Konvention mehr beachtet, als nach allfälligen Lücken ... gesucht würde."

13 "Während die Bankleitungen bei der Schaffung der Konventionen einen Schutz gegen unberechtigte Forderungen im Auge haben, scheinen die ausführenden Organe sie oft als Fessel zu empfinden.", vgl. SBVg 12(1923/1924) 81.

14 Vgl. SBVg 3(1914/1915) 14.

Zusammenfassend lassen sich die Pflichten der Parteien und ihr Verhältnis zu Dritten folgendermassen graphisch darstellen:

Schweizerische Bankiersvereinigung



- Bank_a verpflichtet sich zu einem bestimmten Verhalten, wenn und solange es Bank_b auch tut.
- SBVg verpflichtet sich, dafür zu sorgen, dass Bank_a sich gleich wie Bank_z verhält.

b. Bank und dritte Person als Parteien

aa. Die Zustimmung der Bank gegenüber einer dritten Person und eine Vermittlung der Bankiersvereinigung (als reiner Vermittlerin oder als Partnerin bei Vorgesprächen) kennzeichnen diese Art von Vereinbarung. Als dritte Person kam bisher einzig die Nationalbank in Frage. Entgegen dem Wortlaut mancher Vereinbarungen zwischen den Banken und der SNB trifft man eine solche Rollenverteilung kaum an, weil die Funktion der SBVg innerhalb der Vereinbarungen selten auf die Vermittlung be-

schränkt ist¹⁵. Einzig das Gentlemen's Agreement zwischen der Schweizerischen Nationalbank und den Schweizer Banken betreffend Währungsmassnahmen vom 15. Juni 1976 entspricht der oben beschriebenen Erscheinungsform¹⁶.

bb. In einem weiteren Sinn gehört aber auch die Zustimmung der SNB zu beabsichtigten Zinsfusserhöhungen bei Kassenobligationen nach BaG 10 dazu, weil sich eine Bank nur dann nicht marktmässigen Bedingungen unterzieht (= zustimmt), wenn es alle anderen Banken auch tun. In der Vergangenheit kamen solche Vereinbarungen jedoch öfters vor¹⁷.

cc. Schon allein die Titel lassen vermuten, dass die darin enthaltenen Pflichten nicht mehr im unmittelbaren, eigenen Interessen der Banken liegen. Das bedingt namentlich eine Ordnung, die alle wichtigen Banken und Bankengruppen erfasst¹⁸. Zudem führt dieser Umstand möglicherweise zu einem Abstellen auf diejenige Bank, die zu den geringsten Konzess-

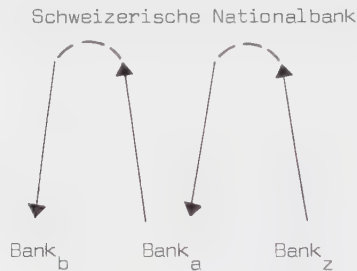
15 So hält die Einleitung der Vereinbarung über die flexible Kurs-sicherung von Zahlungseingängen in der schweizerischen Exportwirtschaft vom 8. November 1978 die Vermittlung der SBVg fest; Ziffer 13 und 21 der Vereinbarung ermöglichen ihr aber eine Mitwirkung bei der entscheidenden Anwendungspflicht.

16 Die Vereinbarung steht in Zusammenhang mit der Erschwerung von Transaktionen mit offensichtlich spekulativem Charakter gegen die Landeswährung und mit der Diskussion über eine bessere Kontrolle der Euromärkte, vgl. Schreiben der SNB an die Banken vom 23. Mai 1980 und Mitteilung der SBVg vom 3. Juni 1981 betr. Aufhebung.

17 So das Gentlemen's Agreement zwischen der Schweizerischen Nationalbank und den Banken zur Abwehr und Verminderung ausländischer Gelder, in Kraft getreten am 18. August 1960 oder die Vereinbarung zwischen der Schweizerischen Nationalbank und den Banken über die Kreditbegrenzung, in Kraft getreten am 1. April 1962.

18 Im Gentlemen's Agreement vom 18. August 1960 (zitiert in N 17) steht in Ziffer 10: "Die Unterzeichnung dieser Vereinbarung erfolgt unter der Voraussetzung, dass die SNB alle für das Geschäft mit ausländischen Kunden in Frage kommenden Banken zum Beitritt veranlasst."

sionen bereit ist. In diesem Zusammenhang stehen manche Klagen¹⁹.
dd. Wegen der Schwierigkeiten beim Zustandekommen entsteht für die dritte Person, hier für die SNB, wiederum die Pflicht, für Anwendbarkeit und Vollstreckung zu sorgen²⁰. Dabei scheint insbesondere die Vollstreckung erschwert zu sein, da die meisten Vereinbarungen die Form der rechtlich nicht erzwingbaren Gentlemen's Agreements aufweisen. Dieses Erschwernis wirkt sich aber in der Praxis nur wenig aus, weil der Vollstreckung neben den Entstehungs- und Anwendungsproblemen ohnehin drittrangige Bedeutung zukommt.
Daher unterscheidet sich diese Form der einfachen Vereinbarung kaum von derjenigen der Konventionen:



- Bank_a verpflichtet sich zu einem bestimmten Verhalten, wenn und solange es Bank_b auch tut.
- SNB verpflichtet sich, dafür zu sorgen, dass Bank_a sich gleich wie Bank_z verhält.

19 Vgl. Stopper 55.

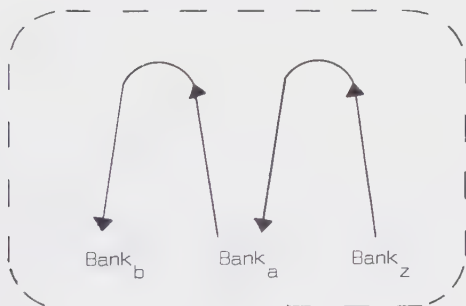
20 So ausdrücklich Art. 6 IV/9 III und 9 I/II der Vereinbarung über die ausländischen Gelder vom 31. März 1964 in AS 1964, 418 - 422.

c. Banken als alleinige Parteien

Unter den Banken besteht noch eine weitere Form der einfachen Vereinbarung, bei der die SEVG wohl mitwirkt, aber aus rechtlichen und finanziellen Gründen keine Parteistellung innehat. Die Banken sind so gezwungen, selber für Anwendung und Vollstreckung zu sorgen.

Als einzig mögliches Beispiel sei der in Anhang 2 zu Konvention XV errichtete eurocheque-Schaden-Pool erwähnt²¹. Sie erreichen den notwendigen Zusammenhalt trotz fehlender Gegenpartei, indem sie sich in Ziffer 2 zu einer einfachen Gesellschaft zusammenschliessen^{22,23}.

Zeichnerisch unterscheidet sich der vorliegende Zusammenschluss in zwei wesentlichen Punkten von den Konventionen bzw. Vereinbarungen mit der SNB:



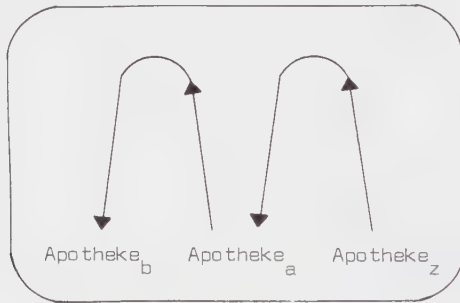
21 Ziffer 1 umschreibt den Zweck: "Die dem eurocheque-System angeschlossenen Bankinstitute ... bezwecken mit dem eurocheque-Schaden-Pool zum eigenen Nutzen und im Interesse der Kundschaft, Schadenfälle, die im Zusammenhang mit ec-kartengarantierten Checks entstehen, ganz oder teilweise abzudecken."

22 Die zusätzliche Klammer der einfachen Gesellschaft würde schon kraft Gesetzes entstehen, da die Vereinbarung in Anhang 2 zu Konvention XV alle Tatbestandselemente von OR 530 erfüllt.

23 Aus dem Vergleich mit den normalen Konventionen geht hervor, dass diese keinen Gesellschaftsvertrag darstellen: Wohl verfolgen die

- Bank_a steht in unmittelbarer Beziehung zu Bank_b.
- Zum Vereinbarungsgeflecht kommt mit der Klammer der einfachen Gesellschaft ein weiteres Element dazu.

Denkbar wäre eine noch engere Zusammenfassung der Klammer, indem sich die Banken zu einem bestimmten Verhalten verpflichten würden und diese Pflichten in den Statuten und Reglementen einer juristischen Person festhalten würden²⁴.



- Zum Vereinbarungsgeflecht kommt mit der Klammer der juristischen Person ein weiteres, festes Element dazu.

Konventionen einen gemeinsamen Zweck, aber es geschieht nicht mit gemeinsamen Kräften oder Mitteln, sondern in gegenseitiger Abhängigkeit gegenüber der SBVg.

²⁴ So das Syndikat für die Interessen der Schweizerischen Pharmacie in BGE 31 II 708 - 710.

In diesem Zusammenhang stellt sich die Frage, ob nicht die SBVg selber eine solche Klammer ist, in der eine Vereinbarung über ein bestimmtes Verhalten liegt. Ein Blick in die Statuten der SBVg veranlasst den Leser zu einer verneinenden Antwort^{25,26}.

2. Einfache Richtlinie/Empfehlung

Bei der einfachen Richtlinie und Empfehlung fehlt eine ausdrückliche Zustimmung zu einem bestimmten Verhalten; sie wird vorausgesetzt²⁷. Die Verbindlichkeit einer einfachen Richtlinie/Empfehlung ist der Schlusspunkt einer längeren Entwicklung. Sie setzt einerseits die Erkenntnis voraus, dass die grösste Schwierigkeit einer Verhaltensregelung im Zustandekommen liegt und dass auch innerhalb der Bankiervereinigung eine Lösung liegen kann, anderseits ein Vertrauen

- 25 Der Zweck der Vereinigung besteht, unter Ausschluss jeder geschäftlichen Tätigkeit, in der Wahrnehmung und Vertretung der Interessen und Rechte des schweizerischen Bankgewerbes, in der Wahrung der Interessen ihrer Mitglieder gegen unlauteren Wettbewerb und im Schutze des schweizerischen Sparkapitals, insbesondere des in Wertpapieren angelegten.
- 26 Im Vergleich dazu hatte das Syndikat für die Interessen der Schweizerischen Pharmacie gemäss BGE 31 II 708 folgende besondere Zwecke: "Die organische Ordnung der Beziehungen zwischen den schweizerischen Apothekern und ihren Lieferanten und den Erlass von Vorschriften, welche die Syndikatsmitglieder im Verkehre zu beobachten haben (Syndikatsreglement)."
- 27 Der Unterschied zwischen Richtlinien und Empfehlungen liegt nicht im Aufbau und nicht in der Verbindlichkeit, sondern in der Möglichkeit der Bank, aus sachlichen Gründen von einer Empfehlung abzuweichen, vgl. § 1 III A 2 Seite 31.

in die Wirksamkeit der SBVg.

Der erste Punkt lässt sich verhältnismässig einfach mit einer repräsentativen Ordnung innerhalb sämtlicher Verbandsorgane verwirklichen²⁸. Der zweite Punkt kann nur durch eine lange, ununterbrochene Erfahrung entstehen. Als Vorstufen dazu sind unbeachtete Empfehlungen und Richtlinien, die der zusätzlichen Unterzeichnung bedurften, zu betrachten²⁹. Heute kommen sie überall dort vor, wo es rasch Reibungsflächen innerhalb und ausserhalb des Bankgewerbes zu beseitigen gilt³⁰.

Trotz dem Schwerpunkt beim Zustandekommen ist die Anwendungs- und Vollstreckungspflicht von gewisser Bedeutung, was sich in "Interpretationen" und Mahnungen äussert³¹.

28 So bestand der Verwaltungsrat per 31. Juli 1980 aus 7 Vertretern der Kantonalbanken, 5 der Grossbanken, 4 der Regionalbanken und Sparkassen, 1 der Handelsbanken, 4 der Privatbankiers, 2 der ausländisch beherrschten Banken, vgl. SBVg 68(1979/1980) III und SNB, Das schweizerische Bankwesen im Jahre 1979 273 ff.

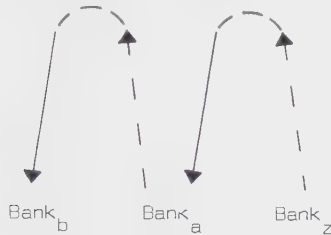
29 So das wirkungslose Zirkular betr. Propaganda seitens schweizerischer Banken zu Gunsten von Anlagen in langfristigen ausländischen Wertpapieren vom 27. Juli 1917 in SBVg 6(1917/1918) 19 - 22; vgl. auch das Zirkular Nr. 192 D vom 7. April 1967 betr. Richtlinien über die Konkurrenzierung der Banken unter sich und die Aufforderung zur Unterschrift in III Ziff. 4.

30 Als Beispiele seien angeführt die Empfehlungen betr. interner Kontrolle des Kautionsgeschäftes und der Treuhandgeschäfte vom 28. September 1977 in Zirkular Nr. 349 D und Empfehlungen betr. allgemeinen Geschäftsbedingungen vom 19. Januar 1966 in Zirkular Nr. 180 D/Forstmoser 32 - 36.

31 So im Zirkular Nr. 439 D vom 23. August 1979 betr. Treuhandgeschäfte oder im Zirkular Nr. 262 D vom 19. Juli 1972 betr. fahrenden Bankfilialen.

In der Zeichnung sieht der Aufbau einer Richtlinie/Empfehlung ähnlich wie eine Konvention aus:

Schweizerische Bankiervereinigung



- SBVg verpflichtet Bank_a zu einem Verhalten, wobei sie die Zustimmung der Bank_a voraussetzt.
- Bank_a hält sich an die Richtlinie/Empfehlung, wenn und solange es Bank_b auch tut.
- SBVg verpflichtet sich, dafür zu sorgen, dass Bank_a sich gleich wie Bank_z verhält.

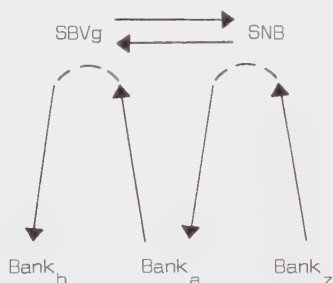
3. Vereinbarung auf Grund einer Vereinbarung

Hier erfolgt die Zustimmung zu einem bestimmten Verhalten, das die SBVg vorher mit einem weiteren Partner vereinbart hat. Im Hinblick auf die Konvention ändert sich nur soviel, als die Bankiervereinigung das vereinbarte Verhalten gemeinsam mit dem weiteren Partner im Spezialfall festlegt und durchsetzt.

Als klassischen Fall betrachte ich die am 15. November 1978 abgeschlossene Vereinbarung zwischen den PIT-Betrieben und der SBVg über

Zusammenarbeit im Zahlungsverkehr: Die Banken sind aufgefordert, sich lückenlos der Vereinbarung anzuschliessen; die Banken ermächtigen die SBVg gemeinsam mit den PTT-Betrieben, für Anwendbarkeit zu sorgen (Ziff. 5.2); das gleiche gilt im Falle eines Konfliktes auch für die Durchsetzungspflicht (Ziff. 4.3 II)³².

Nicht anders sind eine Anzahl Vereinbarungen zwischen der SNB und den Banken zu beurteilen, in denen die SBVg nicht nur eine Vermittlerrolle übernimmt³³. Insbesondere ist die Vereinbarung über die Sorgfaltspflicht bei der Entgegennahme von Geldern und die Handhabung des Bankgeheimnisses, in Kraft seit dem 1. Juli 1977, in diesem Lichte zu sehen: Die Anwendungs- und Vollstreckungspflicht kommt der SBVg und der SNB gemeinsam zu^{34,35}. Die Zeichnung sieht wie folgt aus:



32 Vgl. Zirkular Nr. 400 D vom 20. November 1978 und Beilage 1.

33 So die Vereinbarung zwischen der SNB und den Schweizer Banken über die Mindestguthaben und die zulässige Kreditausweitung vom 1. September 1969, die zwar in Art. 1 II eine gemeinsame Anwendungspflicht, hingegen in Art. 13 eine zwischen SBVg und SNB getrennte Vollstreckungspflicht vorsah.

34 Zur Anwendungspflicht s. VSB 15 IV: "Die unterzeichnenden Banken ermächtigen den Verwaltungsrat der Bankiersvereinigung, die sich aus den Erfahrungen ergebenden Aenderungen oder Präzisierungen der Vereinbarung mit der Nationalbank vorzunehmen."

35 Zur Vollstreckungspflicht s. VSB 14 I: "Für die Abklärung und Ahndung von Verletzungen dieser Vereinbarung wird eine Schiedskommission"

- SBVg und SNB geben einander die Zustimmung, die Banken zu einem bestimmten Verhalten zu veranlassen.
- Bank_a verpflichtet sich zu dem Verhalten, welches die SBVg und die SNB vereinbart haben, wenn und solange es Bank_b auch tut.
- SBVg und SNB verpflichten sich, dafür zu sorgen, dass Bank_a sich gleich wie Bank_z verhält.

4. Richtlinie/Empfehlung auf Grund einer Vereinbarung

Mit ihnen nimmt die Bankiervereinigung die Idee der einfachen Richtlinie/Empfehlung sowie die Idee der Vereinbarung auf Grund einer Vereinbarung auf und verbindet sie zu einer eigenständigen Ausformung: Die SBVg stimmt gegenüber einem Partner einem bestimmten Verhalten der Banken zu und erlässt darauf eine einfache Richtlinie/Empfehlung. In der Öffentlichkeit dürfte wohl die Vereinbarung vom 25. August 1980 zwischen der SBVg und der SNB über die Zinssätze für Spareinlagen und Hypotheken am besten bekannt sein³⁶. Am folgenden Tag erliess die SBVg auf dem Zirkularweg die entsprechende Empfehlung³⁷.

sion mit Sitz in Zürich gebildet, der je zwei Vertreter der Nationalbank und der Bankiervereinigung angehören und die von einem von diesen Vertretern einstimmig bezeichneten Bundesrichter präsidiert wird."

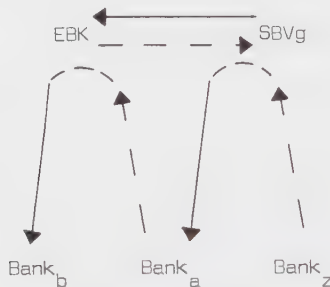
36 Die SNB tarnte ihre Zustimmung mit dem Satz: "Die SNB begrüsst die Rahmenempfehlung der SBVg und anerkennt, dass der Bankensektor die Lage der Gesamtwirtschaft berücksichtigt.", vgl. Pressecommuniqué in NZZ vom 26. August 1980 Nr. 197 Seite 11.

37 Zirkular Nr. 495 D vom 26. August 1980.

Neben der SNB schliessen noch weitere Partner mit der SBVg Vereinbarungen ab, die später Richtlinien oder Empfehlungen nach sich ziehen: so die Eidg. Steuerverwaltung und die Eidg. Oberzolldirektion³⁸.

Zu diesem Ordnungsmittel der Bankiervereinigung gehören aber auch die Richtlinien für die Ausübung von Verwaltungsaufträgen an die Bank vom 7. September 1979, die die Bankenkommission veranlasst und genehmigt hat³⁹. Die Genehmigung der EBK erfolgte allerdings nicht ausdrücklich⁴⁰.

Die Zusammenfassung der Elemente aus der einfachen Richtlinie/Empfehlung und aus der Vereinbarung auf Grund einer Vereinbarung erscheint deutlich in der Zeichnung:



38 Per 1. Januar 1980 genehmigte die Eidg. Steuerverwaltung die Richtlinien über die Bewertung ausländischer Wertpapiere und Guthaben, welche eine Expertenkommission der SBVg zusammengestellt hat, vgl. Pestalozzi II A d 94 Seite 2 und per 1. 1. 81: NZZ Nr. 7 vom 10./11. Januar 1981 Seite 21; am 18. Oktober 1963 einigten sich die Eidg. Oberzolldirektion und die SBVg über eine vereinfachte Einfuhrverzollung von Goldmünzen und ev. Verzicht auf Einleitung von Strafverfahren, vgl. das Zirkular Nr. 300 D vom 24. Februar 1975.

39 Vgl. SBVg 68(1979/1980) 82 und Zirkular Nr. 443 D vom 7. September 1979.

40 "Die Aufsichtsbehörde begrüsst die verbandsinterne Kodifizierung von Standesregeln, äussert sich aber nur darüber, ob die Richtlinien ihrer Auffassung über die gesetzeskonforme Ausübung der erfassten Banktätigkeit entsprechen.", vgl. EBK (1979) 28.

- EBK stimmt gegenüber SBVg einem bestimmten Verhalten der Banken zu; die Genehmigung erfolgt aber aus einem bestimmten Grund nicht ausdrücklich.
- SBVg verpflichtet Bank_z zu einem Verhalten, wobei sie die Zustimmung der Bank_a voraussetzt.
- Bank_a hält sich an die Richtlinie, wenn und solange es Bank_b auch tut.
- SBVg (und mittelbar durch den Revisionsbericht auch die EBK) verpflichtet sich, dafür zu sorgen, dass Bank_a sich gleich wie Bank_z verhält.

Zusammenfassend lässt sich aus dem gemeinsamen Aufbau der einfachen Vereinbarung, einfachen Richtlinie/Empfehlung, Vereinbarung auf Grund einer Vereinbarung und Richtlinie/Empfehlung auf Grund einer Vereinbarung feststellen, dass das für die Wirksamkeit entscheidende Element nicht in der rechtlichen Verbindlichkeit und nicht in der Vollstreckung von Verhaltensregeln liegt.

Wichtig für die betroffene Bank ist die Gewissheit, ihre Konkurrenzbank halte sich auch an die entsprechenden Verhaltensregeln und ihre Konkurrenzbank werde sich auch künftig daran halten.

Diese beiden Umstände führen zur positiven Feststellung, dass

- die Abrede anlässlich der Zustimmung zu einer Vereinbarung oder die Abrede innerhalb der SBVg anlässlich eines Erlasses einer Richtlinie/Empfehlung und
- die Sorge für die Anwendbarkeit einer Verhaltensregel seitens der SBVg bzw. eines weiteren Partners für die Wirksamkeit entscheidend sind.

B. Gemeinsamer Inhalt

Ueber den gemeinsamen Aufbau hinaus haben die unter Mitwirkung der Bankiervereinigung erfolgten Vereinbarungen, Richtlinien und Empfehlungen einen gemeinsamen Inhalt. Zusammen verwirklichen gemeinsamer Aufbau und gemeinsamer Inhalt einen gesetzlichen Tatbestand, dessen Rechtsfolgen sich insbesondere im Allgemeinen Teil (§ 2) auswirken sollen. Zwei Beispiele aus Konvention III verdeutlichen den gemeinsamen Inhalt am besten. Sie lauten:

- Es ist unzulässig, in den Medien (Zeitungen, Zeitschriften, Radio, Fernsehen) und mit Prospekten, Zirkularbriefen etc. für Nummernkonti zu werben (Art. 1 Ziff. 3 Konvention III).
- Die Konvention kann von jedem Mitglied auf Ende eines Kalenderjahres durch eine mindestens ein halbes Jahr vorher erfolgende Anzeige an die Geschäftsstelle der Schweizerischen Bankiervereinigung gekündigt werden.

Von erfolgten Kündigungen ist sämtlichen Mitgliedern sofort Kenntnis zu geben. Diese haben alsdann das Recht, sich binnen eines Monats einer solchen Kündigung anzuschliessen ... (Art. 12 I und II Konvention III).

Aus den soeben erwähnten Artikeln möchte ich drei entscheidende Punkte hervorheben, zumal Art. 1 Ziff. 3 den Wettbewerb der unterzeichnenden Bank mit einer anderen beschränkt; zumal aus Art. 12 I/II hervorgeht, dass die Beschränkung gemeinsam mit anderen Banken erfolgt; zumal Art. 1 Ziff. 3 und Art. 12 I/II zumindest geeignet sind, den Markt für bestimmte Leistungen zu beeinflussen, weil ein möglicher Kunde gar keine Werbung für Nummernkonti vorfindet⁴¹.

41 Zum Begriff der Wettbewerbsbeschränkung vgl. Kummer 35 f. und 66 - 69; zum Begriff der gemeinsamen Wettbewerbsbeschränkung vgl. Kummer 78 - 83; zum Begriff des Markteinflusses für bestimmte Leistungen s. Kummer 70 - 76.

Die gleichen Punkte gelten auch für die einfachen Richtlinien/Empfehlungen, die Vereinbarungen auf Grund einer Vereinbarung und die Richtlinien/Empfehlungen auf Grund einer Vereinbarung:

- In einem Zirkular vom 9. Februar 1978 empfiehlt die SBVg den international tätigen Banken, auf Inserate zu verzichten, die auf die Stärke des Schweizer Frankens hinweisen oder anspielen⁴²: Die Empfehlung entzieht einer international tätigen Bank ein entscheidendes Mittel im Wettbewerb mit anderen Banken; die entsprechende Bank hält sich nur solange an die Empfehlung, als sich ihre Konkurrenzbank auch daran hält; ein möglicher Kunde im Ausland wird unter Umständen ein Geschäft mit Schweizer Franken unterlassen, da keine Werbung ein Bedürfnis danach aufkommen lässt.
- In Art. 8 der Vereinbarung über die Sorgfaltspflicht bei der Entgegennahme von Geldern ... verpflichten sich die Banken, keine aktive Beihilfe zum Kapitaltransfer aus Ländern zu leisten, deren Gesetzgebung die Anlage von Geldern im Ausland einschränkt. Art. 8 VSB fährt mit einer Beschreibung von Handlungen fort (wie organisierter Empfang von Kunden im Ausland ausserhalb der eigenen Bankräumlichkeiten zwecks Entgegennahme von Geldern), die alle Wettbewerbsbeschränkungen darstellen. Für die Gemeinsamkeit der Beschränkung sorgt Art. 15 III, der eine Kündigungsmöglichkeit vorsieht. Die Eigenschaft zu Markteinfluss dürfte unbestreitbar sein, weil einem möglichen Kunden durch die Vereinbarung eine Erleichterung zum Kapitaltransfer entgeht.

42 Vgl. Zirkular Nr. 361 D vom 9. Februar 1978 betr. Bankenwerbung im Ausland.

- Verschiedene Bestimmungen in den Richtlinien für die Ausübung von Verwaltungsaufträgen an die Bank schränken Geschäftshandlungen ein⁴³. Die gemeinsame Beschränkung des Wettbewerbes wirft keine Frage auf. Aber auch die Eignung zu Markteinfluss möchte ich bejahen, weil die Geschäftspartner nicht mehr zu den gleichen Bedingungen kontrahieren können⁴⁴.

Zusammenfassend: Vereinbarungen, Richtlinien und Empfehlungen beinhalten eine gemeinsame Beschränkung des Wettbewerbes mit Eignung zu Markteinfluss für bestimmte Leistungen. In Verbindung mit einem entscheidenden Element aus dem gemeinsamen Aufbau, den Abreden, erfüllen Vereinbarungen, Richtlinien und Empfehlungen den Tatbestand des Kartells nach Art. 2 I KG⁴⁵.

II. Träger von Ordnungsmitteln im Bankgewerbe

Die genauere Betrachtung der Vereinbarungen, Richtlinien und Empfehlungen lässt erkennen, dass innerhalb dieser Ordnungsmittel neben der Schweizerischen Bankiervereinigung die Eidgenössische Bankenkommision und die Schweizerische Nationalbank im Vordergrund stehen.

43 Beispielsweise wird gemäss Ziff. 2 RAV der Verwaltungsauftrag in schriftlicher Form nach dem von der Bank festgelegten Text erteilt und vom Kunden unterzeichnet.

44 Vgl. Kummer 70

45 Diese Erkenntnis ist nicht neu; insbesondere die Kartellkommission hat sich in Wettbewerbsverhältnisse 266 - 275 mit den Konventionen und am Rande auch mit den Richtlinien/Empfehlungen beschäftigt. Hinsichtlich der Gentlemen's Agreements mit der SNB liegen entsprechende Schlüsse vor, vgl. NZZ vom 5. Oktober 1969 Nr. 606 Seite 17 und Beat Schmid 58.

Um die Einsatzmöglichkeiten der Vereinbarungen, Richtlinien und Empfehlungen verständlicher zu machen, folgen nun einige Ausführungen über die drei wichtigsten Träger von Ordnungsmitteln im Bankgewerbe.

A. Eidgenössische Bankenkommission

Im Zentrum der Betrachtungen sind Stellung, Aufgabe und die zur Verfügung stehenden Mittel.

1. Das Gesetz umschreibt in Art. 23 I BaG die Stellung der EBK deutlich: Dieser Kommission ist die Aufsicht über das Bankwesen und die Anlagefonds zur selbständigen Erledigung übertragen. In der Praxis kommt die Selbständigkeit auf alle Seiten hin zum Ausdruck: Die EBK ist dem Eidgenössischen Finanzdepartement nur administrativ zugeordnet, was ihre fachliche Selbständigkeit gegenüber der Bundesverwaltung noch unterstreicht⁴⁶. Die Unabhängigkeit besteht aber auch gegenüber der SNB⁴⁷. Eindeutig regelt das Gesetz ihre Stellung gegenüber den Banken, indem BaG 23 I die EBK als Aufsichtsorgan über das Bankwesen bezeichnet.

2. Das Gesetz umschreibt in Art. 23^{ter} I BaG sehr knapp den Auftrag der EBK, wonach sie bei Kenntnis von Verletzungen des Gesetzes oder von sonstigen Missständen die notwendigen Verfügungen erlassen soll. Im Gegensatz zum gesetzlichen Wortlaut selber sieht die Praxis zahl-

46 Vgl. das Verwaltungsorganisationsgesetz 58 lit. D (SR 172.010) i. V. m. Art. 1 Ziff. 5 lit. k der Verordnung über die Zuweisung der Aemter an die Departemente und der Dienste an die Bundeskanzlei (SR 172.010.14); Riniker 68.

47 Bernhard Müller, Bankenaufsicht 3; Bodmer/Kleiner/Lutz N 2 zu BaG 23.

reiche Einschränkungen im Auftrag⁴⁸.

Bei der Klärung dieses Widerspruches erscheint mir eine Rückbesinnung auf die grundlegenden Vorstellungen über die Stellung des einzelnen gegenüber der Gemeinschaft im Wirtschaftsleben als angebracht: Jede private, gewinnbringende Tätigkeit geniesst den Schutz der verfassungsmässig garantierten Handels- und Gewerbefreiheit, sofern sie nicht die öffentliche Ordnung beeinträchtigt⁴⁹. Den genau gleichen Gedanken nimmt m. E. BaG 23^{ter} I wieder auf, indem das Gesetz der Bankenkommision dann den Auftrag zum Einschreiten gibt, wenn der Zustand oder die Handlung einer einzelnen Bank nicht mehr mit der Gemeinschaft, der öffentlichen Ordnung vereinbar ist. Die Reizschwelle liegt aber nicht bei beliebigen Unstimmigkeiten unter Privaten, sondern bei der Unverträglichkeit mit der Gemeinschaft, was gleichzeitig dem Missstandsbegriff den Inhalt gibt⁵⁰.

Namentlich die Bankenkommision selber hat die beschränkte Bestimmung ihres Auftrages verlassen und bezieht auch diejenigen Kunden, die die Bankbilanz nicht unmittelbar berühren, in ihre Tätigkeit ein⁵¹.

48 Die Bankiervereinigung sieht die Tätigkeit der EBK in Zusammenhang mit bestimmten Bankkunden, so den Sparern, vgl. SBVg 67(1978/1979) 71 f; bei Kleiner 56 kann der Missstand nur an die Verletzung einer Rechtsnorm anknüpfen; in Bodmer/Kleiner/Lutz N 5 zu BaG 23^{ter} genügt für den Missstandsbegriff nicht eine einmalige, abgeschlossene Handlung.

49 Jean-François Aubert N 1758 - 1762.

50 Die Meinung steht übrigens im Einklang zur Auffassung des Verfassungsgesetzgebers zu Art. 31^{quater} BV, der nur gewerbepolizeiliche Einschränkungen zulässt, vgl. Kleiner 17 - 20. Was die heiklen Bestimmungen über den Kapitalexport und den Zinsfuss von Kassenobligationen (BaG 8 - 10) betrifft, so finden sie heute eine verfassungsmässige Stütze in BV 31^{quinquies} und BV 39.

51 EBK (1977) 16 f; EBK (1979) 24 f; Lutz 5 - 7.

3. Die Bankenkommission kann zur Verwirklichung ihres Auftrages auf umfassende hoheitliche Mittel zurückgreifen, die von der Empfehlung bis zum Entzug der Bewilligung reichen.

Zum Erlass einer Verfügung muss sie aber wissen, ob ein Missstand vorliegt und was überhaupt ein Missstand in einem vielfältigen Wirtschaftssektor ist.

Kenntnis über den ersten Punkt erhält die EBK über den Revisionsbericht, den ihr eine ausserhalb des Unternehmens stehende Revisionsstelle mit Schwergewicht auf der selbständigen Bewertung von Aktiven und Passiven jährlich erstattet⁵². Zudem lehnt sich die EBK in der letzten Zeit stärker an die Interne Kontrolle an. Dieses Mittel der Geschäftsführung, das hauptsächlich die Geschäftstätigkeit im Auge hat, ist z. T. auch schon stark ausgebaut⁵³. Die Anlehnung bewirkt die EBK durch allgemeine Weisungen zum Revisionsbericht⁵⁴. Kenntnis über den zweiten Punkt erhält sie insbesondere durch Zusammenfassung sämtlicher Revisionsberichte. Grössere Abweichungen im einzelnen Revisionsbericht können die EBK zu Nachforschungen veranlassen. Detaillierte Bilanz- und Jahresrechnungsvorschriften helfen ihr dabei⁵⁵.

52 BaV 43 III; BaG 18 I und Weisungen der EBK an die Revisionsstellen vom 26. September 1978 Seite 2 f; eine Weisung übrigens, die kaum in Einklang mit BaV 47a I zu bringen ist.

53 Der Anteil der Internen Revisoren gemessen am Total der Internen u. Externen Revisoren von 575 schwankte 1977 zwischen 94 % (Grossbanken) und 41 % (Regionalbanken und Sparkassen), vgl. Der Schweizer Treuhänder 54(1980) Nr. 10 Seite 17; vgl. auch Lusser, Bankenaufsicht 167 - 169 zur Aufgabe der Internen Kontrolle.

54 Vgl. BaV 43 V i. V. m. BaV 44 lit. o und die entsprechenden Weisungen an die Revisionsstellen vom 26. September 1978 betr. Revisionsbericht Seite 27 f und Rundschreiben Nr. 29 an die Revisionsstellen vom 28. Oktober 1970 betr. interner Kontrolle.

55 Vgl. BaV 23 - 26 und Wegleitung in Anhang II zu BaV.

Zudem beteiligt sie sich seit kurzer Zeit an einem internationalen Erfahrungsaustausch⁵⁶. Gleichwohl kann die Bankenkommission diesen zweiten Punkt nie ganz erfüllen, weil die Revision naturgemäss rückwärts gerichtet ist und dem Sekretariat der EBK nur eine beschränkte Anzahl Etatstellen zur Verfügung steht⁵⁷.

Zusammenfassend lässt sich sagen, dass die Bankenkommission den umfassenden Auftrag hat, die Handlungen einer einzelnen Bank in Einklang mit der Gemeinschaft, der öffentlichen Ordnung, zu halten. Sie ist aber in ihren Mitteln beschränkt.

B. Schweizerische Nationalbank

1. Die Stellung der Nationalbank im schweizerischen Wirtschaftsleben ist vielschichtig; immerhin erlaubt die Ausgestaltung als juristische Person nach NBG 1 II einen Rückschluss auf eine gewisse, minimale Selbständigkeit. Gegenüber dem Bundesrat hängt die Selbständigkeit der SNB von der Bedeutung der in Frage stehenden Massnahme ab und schwankt von völliger Unabhängigkeit in täglichen Offenmarktoperationen bis zum Vollzugsorgan bundesrätlicher Massnahmen⁵⁸.

Was die Stellung zur EBK anbelangt, so war es die SNB selber,

56 Gelegenheit dazu bietet die Bank für Internationalen Zahlungsausgleich, die Bank von England sowie bilaterale Besprechungen, vgl. EBK (1979) 30 - 31.

57 1978 standen den 78731 Bankangestellten 22 Etatstellen des Sekretariates (geplant sind für Ende 1979 29 Etatstellen) gegenüber, vgl. Bernhard Müller, Bankenkommission 10 und Schweizerische Nationalbank, Das schweizerische Bankwesen im Jahr 1979 Seite 90.

58 Vgl. NBG 2 II, 14 und 16i; Schürmann N 4 - 7 zu NBG 2; Beat Schmid 42 - 47 und 51 - 54.

die bei der Schaffung des Bankengesetzes die Uebernahme von Aufsichtsfunktionen ablehnte⁵⁹. Auch gegenüber den Banken fällt die Stellung unterschiedlich aus, da der SNB sowohl hoheitliche als auch rechtsgeschäftliche Mittel zur Verfügung stehen.

2. Die Verfassung gibt in BV 39 III der Nationalbank den Auftrag, die Geld-, Kredit- und Währungspolitik des Landes zu führen. Die technische Aufgabe der Erleichterung des Zahlungsverkehrs bleibt in den folgenden Ausführungen unerwähnt⁶⁰. Die unterschiedslose Auflistung der drei Teilaufgaben rechtfertigt sich, weil sie alle das Geld (allerdings in verschiedener Erscheinungsform) als Regelungsobjekt haben. Alle Erscheinungsformen des Geldes sind zudem stark miteinander verflochten⁶¹. Die Regelung der Geldmenge eines Landes macht also den Kern des Verfassungsauftrages aus⁶². Da das Geld alle betrifft und die Nationalbank eine dem Gesamtinteressen des Landes dienende Politik zu führen hat, liegt der Schluss auf der Hand, dass die SNB die Handlungen aller mit der Gemeinschaft in Einklang zu halten hat, sofern dies mit den Mitteln der Geldmengensteuerung möglich ist. Diese Aufgabe unterscheidet sich von derjenigen der Bankenkommision, die die Handlungen des einzelnen mit der Gemeinschaft in Einklang zu halten hat.

Die eben entwickelte Auffassung vom verfassungsmässigen Auftrag findet eine Stütze in zahlreichen Massnahmen der SNB: Nicht die einzelne Anleihe zugunsten des Auslandes, nicht die einzelne Zinsfusserhöhung bei

59 Vgl. Lusser in: Bodmer/Kleiner/Lutz, Vorbemerkungen N 4 - 5 zu Bag 7 - 10; SBVg 22(1933/1934) 63.

60 Dazu NBG 14 Ziff. 7/8 und Schürmann N 3 zu NBG 2.

61 Hans Schmid 218.

62 Vgl. Ehrsam, Instrumentarium 135.

Kassenobligationen, nicht ein einzelnes Devisentermingeschäft mit Ausländern wird sie zum Handeln veranlassen, sondern eine Vielzahl von Anleihen, Zinsfusserhöhungen oder Devisentermingeschäften, weil alle diese Geschäfte in der Vielzahl Auswirkungen auf die wirtschaftlichen Landesinteressen haben⁶³.

In diesem Zusammenhang entsteht die Frage nach der Begründung eines zusätzlichen Ordnungsmittels im Bankensektor. Eine Erklärung liegt in der Erfahrung, dass mit der Ueberprüfung einer Einzelhandlung noch nicht alle Unverträglichkeiten mit der Gemeinschaft beseitigt sind. Eine einzelne Darlehensgewährung kann unter Umständen aus der Sicht der Gemeinschaft sehr erwünscht sein, kann aber in der Vielzahl die konjunkturelle Entwicklung schlecht beeinflussen und so die Nationalbank mit Mindestreserven nach NBG 16a ff auf den Plan rufen. Die Bedeutung dieser Aufgabe überragt gar diejenige der Bankenaufsicht, weil Massengeschäfte und Massenerscheinungen den Bankensektor prägen. Gleichwohl sind beide Ordnungsmittel nicht ganz unabhängig voneinander, weil eine Einzelhandlung u. U. sehr rasch auf die Handlungen der übrigen durchschlagen kann (und umgekehrt). Beispielsweise erfordern grössere Schwankungen am Devisenmarkt die Aufmerksamkeit der Nationalbank und der Bankenkommission⁶⁴.

63 Vgl. BaG 8 II lit. a und 8 III, BaG 10 I und II, NBG 16i I Ziff. 2. In zwei Sonderfällen hat der Gesetzgeber die SNB zur Einzelbetrachtung, bzw. die Bankenkommission zur Gesamtbetrachtung beauftragt, vgl. NBG 16e III und BaG 3⁵¹⁵ I lit. c. Diese weite Auffassung des Auftrages hat aus einer anderen Sicht entwickelt: Gygi 118 - 126.

64 Nach Aufgabe des Systems fester Währungsparitäten erliess die EBK Weisungen an die Banken und Revisionsstellen vom 19. Dezember 1974 und 2. Juni 1976 betr. Fremdwährungspositionen; vgl. die unzähligen Schritte der SNB zu dieser Zeit in Botschaft über die Verlängerung des Bundesbeschlusses über den Schutz der Währung vom 27. April 1977 (BB1 1977 II 329 - 335).

Trotzdem müssen sich die Aufgaben nicht in jedem Fall überschneiden. In der unterschiedlichen Ausgestaltung der Aufträge liegt auch die innere Rechtfertigung der Zuweisung an zwei verschiedene Organe. Denn beide Aufträge erfordern letztlich eine andere Denkweise.

3. Entgegen dem weiten Auftrag der Nationalbank schränkt schon die Verfassung im gleichen Art. 39 III die Mittel ein, indem sie auf die Bundesgesetzgebung verweist. Die im Nationalbankgesetz aufgezählten Mittel stellen eine abschliessende Aufzählung dar⁶⁵. Eine weitere verfassungsmässige Beschränkung der Mittel besteht im Bereiche der grössten Missstände der Gemeinschaft, nämlich der Arbeitslosigkeit und Teuerung. Während die alte Fassung von BV 31^{quinquies} hoheitliche Mittel ganz ausschloss, ermöglicht die neue Fassung von BV 31^{quinquies} die Anwendung von hoheitlichen Mitteln, aber nur insofern, als eine konjunkturelle Entwicklung in Frage steht⁶⁶. Zu ständigen Auseinandersetzungen führt die Frage, ob aus der Handels- und Gewerbefreiheit irgendwelche Beschränkungen der Mittel fliessen. Ich möchte diese Frage verneinen, weil die Handels- und Gewerbefreiheit lediglich die Beziehung des einzelnen zur Gemeinschaft festlegt; eine Beziehung, die keine unmittelbaren Berührungspunkte zum Verhältnis zwischen der Gemeinschaft und vielen hat⁶⁷.

Zusammenfassend lässt sich sagen, dass die Nationalbank den umfassenden Auftrag hat, die Handlungen aller oder vieler Banken in Einklang mit den Gesamtinteressen des Landes zu halten. Sie ist aber in ihren Mitteln beschränkt.

65 Schürmann N 2 zu NBG 14.

66 Zu den Mitteln aus alt BV 31^{quinquies} vgl. Jean-François Aubert N 1937.

67 Gl. M. Gygi 19 und Marti 157. A. M. Heinrich 68 - 72: Er legt der Handels- und Gewerbefreiheit eine umfassende Bedeutung bei, muss aber die Einschränkungen des Freiheitsrechtes sehr weit fassen, indem er unter öffentlicher Ordnung alles versteht, was im Wirt-

C. Schweizerische Bankiervereinigung

1. Die Stellung der Schweizerischen Bankiervereinigung als Spitzenverband des schweizerischen Bank-, Kredit-, und Finanzwesens ist unbestritten. Neben ihr bestehen noch eine Anzahl nicht minder wichtige lokale Vereinigungen oder Zusammenschlüsse von bestimmten Bankengruppen⁶⁸. Gegenüber der Bundesverwaltung nimmt sie ihre Position in Vernehmlassungen über praktisch alle wichtigen politischen Fragen wahr⁶⁹. Zur Nationalbank besteht eine besonders enge Beziehung, betrachtet doch die SNB die Bankiervereinigung als die Vertreterin der Banken⁷⁰. Die gleiche Bemerkung gilt für das Verhältnis zwischen Bankenkommission und Bankiervereinigung⁷¹.
2. Die Bankiervereinigung gibt sich in § 2 der Vereinsstatuten gegenüber ihren Mitgliedern die Aufgabe, ihre Interessen gegen unlauteren Wettbewerb zu wahren und ihre Interessen und Rechte zu vertreten und zu wahren. Deutlich tritt hier der doppelte Auftrag in Erscheinung, wonach die SBVg sowohl die einzelne Bank als auch die Gesamtheit der

schaftsleben fest sein soll.

68 Vgl. dazu Schweizerische Kartellkommission, Wettbewerbsverhältnisse 245 - 266; Nobel 38 - 40.

69 Ueber die Tätigkeit informiert der jährlich erscheinende Jahresbericht.

70 Dies galt vom ersten Tag des Bestehens der SBVg an, vgl. die Rede des Herrn Kundert, Präsident des Direktoriums der SNB im Anhang zum Protokoll der konstituierenden Versammlung. Heute finden ordentliche Viertelsjahrssitzungen zwischen SNB und SBVg statt.

71 Die EBK pflegt zudem u. a. einen Gedankenaustausch mit der Schweizerischen Treuhand- und Revisionskammer, vgl. EBK (1979) 28.

Banken im Auge behalten soll⁷². Schritte in Richtung Erhaltung der Ertragsstruktur und Sicherheit der einzelnen Bank einerseits und Erhaltung der bestehenden Bankenstruktur sowie übriger Rahmenbedingungen andererseits weisen auf die doppelte Ausgestaltung des Auftrages hin⁷³.

3. Neben den mehr indirekten Mitteln, wie Abhaltung der jährlichen Bankiertage, stehen der Bankiervereinigung gegenüber ihren Mitgliedern Vereinbarungen, Richtlinien und Empfehlungen zur Verfügung. Der Inhalt ist grundsätzlich innerhalb der beiden Aufträge unbeschränkt. Eine Beschränkung besteht aber insofern, als die Bankiervereinigung eben Spitzenverband der Banken ist: Als solcher muss sie Rücksicht auf die einzelne Bank, insbesondere auf die einzelne Bankengruppe nehmen. Zudem ist sie Interessensvertreterin der Banken⁷⁴. In diesen beiden Beschränkungen liegt aber gleichzeitig auch die Stärke der Bankiervereinigung. Sie vertritt die überwiegende Anzahl der im Bankengewerbe tätigen Institute und verfügt dank ihren Mitgliedern und der Geschäftsstelle über wesentliche Sachkenntnisse⁷⁵.

72 Lehmann 113 - 114 verwendet dazu die Begriffe der privatwirtschaftlichen und wirtschaftspolitischen Funktion der Verbände.

73 Vgl. einerseits das Zirkular Nr. 349 D betr. Interner Kontrolle des Kautionsgeschäftes und der Treuhandgeschäfte vom 28. September 1977, andererseits die Richtlinien über die Ausübung des Depotstimmrechts vom September 1980.

74 Eine dauerhafte Regelung der Geldmenge mit Hilfe der Vereinbarung über die Mindestguthaben und die zulässige Kreditausweitung vom 1. September 1969 scheiterte wohl auch deswegen, weil nicht nur Banken in Frage standen, vgl. SNB 64(1971) 40 - 42.

75 Gegenwärtig bestehen 15 Fachkommissionen. Der Mitgliederbestand (natürliche Personen) betrug am 31. März 1980 3111 Personen, vgl. SBVg 68(1979/1980) 193 f.

III. Rolle der Vereinbarungen, Richtlinien und Empfehlungen

Der erste Abschnitt beschrieb nur gerade die technische Seite der Vereinbarungen, Richtlinien und Empfehlungen; im zweiten Abschnitt fehlen Ausführungen über die Beziehungen, welche sie auslösen können. Diese folgen nun in einem dritten Abschnitt, der die möglichen Verhältnisse untersucht.

A. Bankiervereinigung - Banken

Die schweizerische Bankenstruktur ist geprägt von einer Vielzahl von Instituten mit ähnlichem Geschäftsbereich, was insbesondere eine starke Konkurrenz unter den Banken bewirkt⁷⁶. Zudem weckt die grosse volkswirtschaftliche Bedeutung des Bankensektors regelmässig das Interesse der Oeffentlichkeit.

1. Für die einzelne Bank kommt so den Vereinbarungen, Richtlinien und Empfehlungen die Rolle zu, die Konkurrenzierung auf ein erträgliches Mass zu bringen. Seit den letzten Jahrzehnten ist aber eine Verlagerung der Konkurrenzierung vom Preis auf andere Merkmale zu verzeichnen, namentlich auf die Werbung oder die Anzahl neuer Filialen⁷⁷.

Aber nicht nur die Erträge beeinflussen die Erfolgsrechnung, auch die Kosten tragen zum Erfolg bei. Unter diesem Gesichtspunkt sind einige neuere Bestrebungen zu sehen⁷⁸.

76 Das Universalbankensystem herrscht vor, vgl. SNB, Das schweizerische Bankwesen im Jahre 1979 Seite 11 - 21.

77 Vgl. Schuster 195 - 197.

78 So die Konvention XII betr. den Akzeptkredit, Konvention XIII betr.

2. Eine erträgliche Konkurrenzierung ermöglicht der SBVg, für entsprechende Rahmenbedingungen zu sorgen⁷⁹. Auch hier kommt wieder die Wechselwirkung zwischen den Bemühungen um das Wohl einer einzelnen Bank und der Sorge für gute Rahmenbedingungen zum Vorschein: Selbstverständlich könnte es der Bankiervereinigung egal sein, ob eine einzelne Bank ihr Kautionsgeschäft intern kontrolliert, würde nicht im Falle eines Versagens einer Internen Kontrolle ein Gewitterregen über das Bankwesen insgesamt niederprasseln⁸⁰.

In diesem Zusammenhang lässt sich auch die Gemeinsamkeit und der Unterschied zwischen Richtlinien und Empfehlungen erläutern: Ob überhaupt eine Richtlinie oder Empfehlung zu beachten sei, steht für beide ausser Frage. Hingegen lassen die Empfehlungen in der Regel sachbedingte Abweichungen zu, während Richtlinien unbedingt anzuwenden sind⁸¹.

Vereinfachung des Inkassos von Wechseln und Checks, Konvention XIV betr. Herstellung ... der schweizerischen Einheitschecks und Konvention XV betr. Herstellung ... der eurocheque-Karte.

79 "Die betroffenen Banken verlieren ihr Vertrauen zu gemeinsamen Aktionen und Abmachungen, wenn die Regeln einer loyalen Konkurrenz in rücksichtsloser Weise verletzt werden.", vgl. Zirkular Nr. 72 D vom 3. Oktober 1953 betr. Konkurrenzierung der Banken unter sich.

80 Vgl. Zirkular Nr. 349 D vom 28. September 1977 betr. Interne Kontrolle des Kautionsgeschäftes und der Treuhandgeschäfte.

81 So sind die Zinssätze für Spareinlagen und Hypotheken in der Empfehlung vom 26. August 1980 (Zirkular Nr. 495 D) nach Massgabe der lokalen und institutsbezogenen Verhältnisse in einem bestimmten Rahmen zu halten, während die Richtlinien vom September 1980 über die Ausübung des Depotstimmrechtes in den Ziffern I 1 - III 7 keine Abweichungen vorsehen.

B. Bankiervereinigung - Nationalbank

Die Nationalbank verfügt trotz eines umfassenden Auftrages nur über beschränkte Mittel. Ihr steht die Bankiervereinigung mit einem ebenfalls unbeschränkten Auftrag und mit Mitteln, die auf keine Sachfragen beschränkt sind, gegenüber.

1. Reichen die Mittel der SNB zur Erfüllung ihres verfassungsmässigen Auftrages nicht aus, so liegt eine Zusammenarbeit mit der SBVg fast auf der Hand. Dieses Vorgehen ist aber nicht über alle Zweifel erhaben, zumal es gegen den Grundsatz der abschliessenden Aufzählung der zulässigen Notenbankgeschäfte verstösst^{82,83}. Mir selber erscheint dieser Ausweg nur unter Umständen als zulässig, wobei die Verwendung von Vereinbarungen in Einklang mit der allgemeinen Rechtsordnung zu stehen hat. Zudem ist zu unterscheiden, mit welcher verfassungsmässigen Beschränkung die SNB in Konflikt gerät.

Steht der in BV 39 III liegende Vorbehalt der gesetzlichen Ermächtigung in Frage, so ist die Verwendung dann zulässig, wenn der in NBG 14 liegende Grundsatz der abschliessenden Aufzählung der zulässigen Notenbankgeschäfte eine Lücke gemäss ZGB 1 II aufweist. Eine Lücke ist in solchen Fällen denkbar, in denen der verfassungsmässige Auftrag ein Handeln seitens der SNB gebietet, diese aber vom Gesetzgeber die notwendigen Mittel zu spät erhalten würde⁸⁴. Eine solche Ausnahme steht

82 Vgl. Schürmann N 3 zu NBG 14 und die in Vorbereitung stehende Dissertation von Peter Merz, Notenbankpolitik mittels Vereinbarungen - Die Praxis der Schweizerischen Nationalbank aus juristischer Sicht.

83 In der Vergangenheit hat die SNB auch noch andere "Hilfskonstruktionen" verwendet, vgl. Schürmann N 3 zu NBG 14.

84 Gl. M. mit verschiedener Begründung Schürmann N 3/4 zu NBG 14 und Werner Schmid-Lenz 119.

noch innerhalb der Ordnungsvorstellungen des Gesetzgebers, der mit seiner generellen Norm wohl die Vielzahl der Notenbankgeschäfte regeln wollte, hingegen der Nationalbank die Regelung eines Spezialfalles mit Hilfe von Vereinbarungen offenhielt.

Steht hingegen eine aus BV 31^{quinquies} fließende Einschränkung in Frage, so ist die Verwendung von Vereinbarungen nur in ganz besonderen Fällen zulässig. Namentlich der Rechtsmissbrauch nach ZGB 2 II wäre hier zu erwähnen, zumal der Verfassungsgesetzgeber sich widersprüchlich verhält, wenn er auf der einen Seite die Nationalbank im Handeln beschränkt und auf der anderen Seite nach einem Eingreifen der Nationalbank ruft^{85,86}.

2. Für die Bankiervereinigung stellen die Vereinbarungen mit der Nationalbank eine Möglichkeit dar, für entsprechende Rahmenbedingungen zu sorgen.

3. Für beide Organisationen überschneiden sich die Interessen in dem Mass, in dem Banken Anteil an der Regelung haben. Zudem gilt auch die Umkehrung des Satzes, wonach die sich überschneidenden Interessen abnehmen, je mehr Dritte (Sozialpartner, Versicherungen) an der Regelung beteiligt sind.

85 Zum widersprüchlichen Verhalten als Element des Rechtsmissbrauches vgl. Merz N 402 - 403 zu ZGB 2.

86 Auf einer anderen Ebene stehen die Vorbehalte, die im Zusammenhang mit dem ordentlichen Gesetzgebungsverfahren stehen, vgl. dazu § 4 III Seite 85. Zum Problem des Rechtsmissbrauches auf Verfassungsstufe vgl. Jörg P. Müller 33 - 36.

C. Bankiervereinigung - Bankenkommission

Die Bankenkommission verfügt trotz eines umfassenden Auftrages nur über beschränkte Mittel. Hinzu kommt ihre Stellung als Aufsichtsorgan über das Bankwesen, was die EBK veranlasst, auf Vereinbarungen mit den Banken grundsätzlich zu verzichten⁸⁷. Ihr steht die Bankiervereinigung mit einem ebenfalls unbeschränkten Auftrag gegenüber. Als Mittel verfügt die SBVg über die Fachkenntnisse ihrer Mitglieder.

1. Der Verzicht der EBK auf Vereinbarungen fällt wegen der eben erwähnten Problemstellung auch nicht so eindeutig aus. Die Verwendung von Vereinbarungen erfolgt indirekt und ist verschiedener Abstufungen fähig. Als Bindeglied dient der Hinweis, wonach die Missachtung von Berufsregeln, Usancen und dergleichen als Missstand zu betrachten sei⁸⁸. Noch sehr zaghaft ist die Verwendung von Vereinbarungen, wenn die Bankenkommission lediglich dazu "beiträgt, dass die Sachverhalte (die in Zusammenhang mit einer Vereinbarung auf Grund einer Vereinbarung zwischen SNB und SBVg stehen) auf den beiden Ebenen gleich beurteilt werden⁸⁹."

Zu den Vereinbarungen, die später zu Richtlinien/Empfehlungen auf Grund einer Vereinbarung führen, gehören m. E. die Vernehmlassungen zu den Richtlinien/Empfehlungen der Bankiervereinigung. Dies gilt insbesondere dann, wenn der Anstoss zur Festlegung von Standesregeln von

87 Vgl. EBK (1978) 19.

88 Vgl. die extensive Betrachtung des Missstandsbegriffes von Art. 23^{ter} BaG, der sich die EBK angeschlossen hat in Bodmer/Kleiner/Lutz N 6 zu BaG 23^{ter} und Lutz 6.

89 EBK (1977) 20.

der Bankenkommission selber ausgeht⁹⁰.

An dieser Stelle drängt sich die Frage auf, ob Vereinbarungen mit den Banken und mit der Bankiervereinigung tatsächlich nicht mit der Stellung der Bankenkommission als Aufsichtsbehörde in Einklang zu bringen ist. Die Antwort hängt von der Aufgabe der EBK ab, wonach sie das Verhalten der einzelnen Bank in Einklang mit der Gemeinschaft zu bringen habe. Diese Ueberlegung schliesst namentlich alle Vereinbarungen mit den Banken selber aus, weil die abstrakten Sätze in den Vereinbarungen unmöglich alle entscheidenden Einzelfälle berücksichtigen können. Hingegen stehen Vereinbarungen, die später zu Richtlinien oder Empfehlungen der Bankiervereinigung führen, in Uebereinstimmung mit dem System der Bankenaufsicht.

Die Vereinbarung muss lediglich die Freiheit der Bankenkommission voraussetzen, im Spezialfall anders als in der Vereinbarung zu entscheiden. Ein ähnliches Vorgehen haben übrigens die Eidgenössische Steuerverwaltung und die Eidgenössische Oberzolldirektion in den Vereinbarungen mit der Bankiervereinigung gewählt: Der Text sieht ausdrücklich Härte- und Spezialfälle vor⁹¹.

Aber noch zwei weitere Gründe sprechen für die Zulässigkeit von Vereinbarungen zwischen EBK und SBVg: Zum einen wäre es widersinnig, Vereinbarungen zurückzuweisen und auf der anderen Seite gegen eine Vielzahl von Bankreglementen noch etwas ausrichten zu wollen. Vielmehr verstösst die Bankenkommission gegen ihre Pflichten als Aufsichtsorgan

90 Der letzte Fall betrifft den verbesserten Einlegerschutz, vgl. Bodenmann 130 und Art. 31^{quater} VI der Volksinitiative "gegen den Missbrauch des Bankgeheimnisses und der Bankenmacht" (Banken-Initiative) in BBl 1978 II 910.

91 Vgl. VI der Richtlinien über die Bewertung ausländischer Wertpapiere in Pestalozzi II A d 94 Seite 5 und Zirkular Nr. 300 D vom 24. Februar 1975 betr. Einfuhrverzollung von Goldmünzen.

über das Bankwesen, wenn sie nicht ihren Einfluss schon bei der ursprünglichen Gestaltung der Reglemente geltend macht⁹². Auch der Hinweis, dieses Vorgehen würde gegen das Verbot der Rechtssetzungsdelegation ohne gesetzliche Grundlage verstossen, trifft m. E. nicht im generellen Umfang zu⁹³. Denn die Erfahrung im Umgang mit Normen im Bankensektor lehrt, dass unbestimmte Sätze unwirksam bleiben, solange sie nicht der Träger des Ordnungsmittels konkretisiert. Und eine unwirksame Bankenaufsicht wird der Gesetzgeber wohl nicht beabsichtigt haben! Gleichwohl ist auch den rechtsstaatlichen Bedenken der Kommentatoren Rechnung zu tragen, was sich in einer künftigen Revision hinsichtlich der Befugnisse der EBK auswirken sollte. Der Ausweg über BaV 43 V ist auch nicht über alle Zweifel erhaben.

Zudem liegt eine mehr formelle Berechtigung zum Abschluss von Vereinbarungen in der Anweisung des Gesetzgebers in BaG 23 I, die Aufsicht selbständig zu erledigen.

2. Sowohl für die Bankenkommission als auch die Bankiervereinigung überschneiden sich die Interessen, weil der Gegenstand der Regelung ausschliesslich Banken sind. Einzig in den Beweggründen beim Abschluss von Vereinbarungen kommt ein Unterschied in der Rolle der Vereinbarungen, Richtlinien und Empfehlungen zum Vorschein: Während die Bankiervereinigung das Schwergewicht auf die unternehmerische Initiative legt, unterstreicht die Bankenkommission die Bedeutung der Kontrol-

92 Gelegenheit dazu bestand kürzlich in Fragen um den Edelmetallhandel, vgl. Zirkular Nr. 518 D vom 23. Dezember 1980 betr. Behandlung von Edelmetallgeschäften und die Zürcher Dissertation von Salome Zimmermann, Die Sammelverwahrung von Edelmetallen (Bern 1981). Vgl. auch den Beschluss der EBK vom 30. April 1981 betr. Bilanzierung von Edelmetallgeschäften.

93 Mit diesem Hinweis will ein Teil der Kommentatoren die Konkretisierung des Missstandsbegriffes ausschliessen, vgl. Bodmer/Kleiner/Lutz N 3 - 5 zu BaG 23^{ter}.

le⁹⁴.

D. Nationalbank - Bankenkommission

Nationalbank und Bankenkommission verfügen über umfassende Aufträge und beschränkte Mittel. Ihnen steht die Bankiervereinigung mit Mitteln gegenüber, die auf keine Fragen beschränkt sind.

1. Den unter Mitwirkung der Bankiervereinigung erfolgten Vereinbarungen, Richtlinien und Empfehlungen kommt so die Rolle zu, die fehlenden Mittel der Nationalbank und der Bankenkommission gemeisam zur Verfügung zu stellen. Dass Ueberschneidungen in Sachfragen möglich sind, habe ich in den Ausführungen über die Nationalbank als Trägerin von Ordnungsmitteln im Bankgewerbe nachgewiesen.

2. Der Bankiervereinigung könnten derartige Vereinbarungen die Gelegenheit bieten, sowohl für gute Rahmenbedingungen zu sorgen, als auch den Interessen der einzelnen Bank gerecht zu werden.

94 Vgl. Sarasin, Präsidialadresse 32; Lusser, Staat und Banken 12 f.

§ 2 Allgemeiner Teil

Rund um die Vereinbarungen, Richtlinien und Empfehlungen bestehen typische Erscheinungen, die ihren Ursprung im gemeinsamen Aufbau und Inhalt haben. Regelmässig erfüllen die Erscheinungen gesetzliche Tatbestände und lösen so Rechtsfolgen aus. Die Rechtsfolgen wiederum beeinflussen die Erscheinungen. Eine Untersuchung über diese Wechselwirkung bildet den Gegenstand des Allgemeinen Teils, wobei die Gliederung dem zeitlichen Ablauf entspricht.

I. Entstehung

Die unter Mitwirkung der Schweizerischen Bankiersvereinigung erfolgten Verhaltensregelungen der Banken gehen regelmässig von Vereinbarungen, Richtlinien und Empfehlungen aus¹. Ausführungen über ihre Rechtsverbindlichkeit stehen dabei am Anfang (A). Die Wirksamkeit hängt aber regelmässig von weiteren Umständen ab, namentlich von der Teilnahme der Konkurrenten (B).

A. Rechtsverbindlichkeit

Was die Rechtsverbindlichkeit anbelangt, so ist zwischen der Vereinbarung und der Richtlinie/Empfehlung zu unterscheiden (1 und 2).

1 Für Richtlinien/Empfehlungen auf Grund einer Vereinbarung und Vereinbarungen auf Grund einer Vereinbarung gelten die Ausführungen

1. Vereinbarung

Steht die Errichtung einer Vereinbarung in Frage, so ersucht der Verwaltungsrat der Bankiervereinigung auf dem Zirkularwege jede einzelne Bank, der Vereinbarung beizutreten. Die Zustimmung erfolgt durch Unterzeichnung einer Beitrittserklärung oder des Textes der Vereinbarung².

Um die Rechtsverbindlichkeit der Verträge zu erlangen, bedürfen die Vereinbarungen gemäss OR 1 I und OR 11 II i. V. m. KG 11 I der übereinstimmenden Willensäusserung und der einfachen Schriftlichkeit³.

Beschreitet die Bankiervereinigung den üblichen Weg, so wirft die Rechtsverbindlichkeit keine Probleme auf, weil das Zirkular als Antrag und die Unterzeichnung als Annahme zu betrachten sind. Zugleich ist das Erfordernis der Schriftlichkeit erfüllt.

Daneben bestehen Vereinbarungen, bei denen die Parteien auf eine rechtliche Bindung verzichten, namentlich im Falle der Gentlemen's Agreements. Sie sind rechtlich unverbindlich, weil der Vertrag als zweiseitiges Rechtsgeschäft eine rechtliche Absicht erfordert⁴.

Als Sonderfall ist die Allgemeinverbindlicherklärung zu betrachten, die die Rechtsverbindlichkeit auch auf eine nichtzustimmende Bank erstreckt: Ohne eine mögliche Abstützung auf BV 89^{bis} III ist eine der-

über die (einfachen) Richtlinien/Empfehlungen bzw. Vereinbarungen sinngemäss. Ihr Hauptproblem liegt im Zusammenwirken zwischen SBVG und dem weiteren Partner, vgl. dazu § 1 III B/C Seite 32 - 37.

2 Als Beispiele seien die Zirkulare Nr. 460 D vom 20. Dezember 1979 über die Konvention III betreffend Kundenakquisition und Werbung der Banken und Nr. 400 D vom 20. November 1978 über Vereinbarung ... über Zusammenarbeit im Zahlungsverkehr erwähnt.

3 Die Vereinbarungen, Richtlinien und Empfehlungen erfüllen den Tatbestand des Kartells, vgl. § 1 I B Seite 20.

4 v. Tuhr/Peter 154.

artige Erklärungen verfassungswidrig⁵.

2. Richtlinie und Empfehlung

Steht die Errichtung einer Richtlinie oder Empfehlung in Frage, so er-
sucht der Verwaltungsrat der Bankiervereinigung auf dem Zirkularwege
jede einzelne Bank, die beiliegenden Richtlinien und Empfehlungen ein-
zuhalten. Eine schriftliche Zustimmung erfolgt nicht⁶.

Eine Rechtsverbindlichkeit der Richtlinien und Empfehlungen auf Grund
eines Vertrages mit stillschweigender Annahme fällt schon deswegen
ausser Betracht, weil ihnen die notwendige Schriftlichkeit fehlt.

Aber auch die Mitgliedschaft zu einem Verein kann unmittelbare Rechts-
pflichten begründen, die aber einer Abstützung auf die Statuten be-
dürfen. Die Statuten der Bankiervereinigung sehen aber keine gemein-
samen Beschränkungen des Wettbewerbes mit Eignung zu Markteinfluss
vor⁷.

⁵ Ehrensam, Verfassungsgrundlage 92; Perrin 498. Vgl. auch den Bundes-
ratsbeschluss über die Allgemeinverbindlicherklärung der Vereinba-
rung über die Kreditbegrenzung vom 1. Juni 1964 in AS 1964 Seite
521 - 525.

⁶ Als Beispiele seien die Zirkulare Nr. 383 D vom 6. Juli 1978 betr.
Konkurrenzierung der Banken unter sich und Nr. 495 D vom 26. August
1980 betr. Zinssätze für Spareinlagen und Hypotheken erwähnt. Eine
Unterzeichnung war hingegen beim Zirkular Nr. 192 D vom 7. April
1967 betr. Konkurrenzierung der Banken unter sich nötig; vgl. dazu
die Bemerkungen in § 1 N 29 Seite 12.

⁷ Vgl. dazu Heini Seite 551 N 55, van der Velden 115 - 118 und die
Gegenüberstellung von SBVg und Syndikat für die Interessen der
Schweizerischen Pharmacie auf Seite 10/11. Die Doktrin anerkennt
allerdings selbst bei fehlender statutarischer Grundlage weitere
Pflichten, die in Analogie zu OR 866 aus der Treuepflicht fliessen
sollen, vgl. Meier-Hayoz/Forstmoser 341 und Werner Troxler 57.
Diesen Schluss möchte ich mit einem Fragezeichen versehen, weil dem

Eine unmittelbare Rechtsverbindlichkeit lösen Richtlinien und Empfehlungen daher nicht aus⁸.

B. Eintritt einer aufschiebenden Bedingung

Ziff. 10 des Gentlemen's Agreements vom 15. August 1960 zur Abwehr und Verminderung ausländischer Gelder bestimmt, dass die Unterzeichnung nur unter der Voraussetzung erfolgt, dass die SNB alle für das Geschäft mit ausländischen Kunden in Frage kommenden Banken zum Beitritt veranlasst. In den anderen Vereinbarungen ist eine derartige Klausel nicht mehr anzutreffen.

Gemäss OR 151 I ist ein Vertrag, dessen Verbindlichkeit vom Eintritt einer ungewissen Tatsache abhängig ist, als bedingt anzusehen. Erst der Eintritt der Bedingung macht den Vertrag wirksam. Bedingungen können aber auch stillschweigend verabredet sein, insbesondere wenn den Parteien das künftige Ereignis als unsicher erschien, so dass sie mit dem Fall des Nichteintritts rechnen könnten⁹.

Eine derartige Unsicherheit geht aber von jeder Entstehung eines unter Mitwirkung der Bankiervereinigung erfolgten Vertrages aus, zumal regelmässig mehr als zweihundert Banken betroffen sind¹⁰. Mithin er-

Gesetzgeber bei der Schaffung von OR 866 eine Körperschaft vor-schwebte, die sich hinsichtlich der Funktion vom Verein unterscheidet, vgl. dazu OR 828 I und ZGB 60 I.

8 Zur mittelbaren Bedeutung für das Recht vgl. die Ausführungen in § 2 II A 3 b Seite 46 - 47 und Seite 51 (Ausschluss).

9 von Tuhr/Escher 256 - 257.

10 Die Teilnehmerzahl bei den Konventionen schwankte in der Untersuchung der Kartellkommission von 1968 zwischen 112 und 321 Banken, vgl. Kartellkommission, Wettbewerbsverhältnisse 266.

folgt jede Unterzeichnung unter der stillschweigenden (aufschiebenden) Bedingung, wie sie in Ziff. 10 des Gentlemen's Agreements von 1960 umschrieben ist.

II. Inhalt

Aus der Untersuchung des gemeinsamen Aufbaus und Inhalts geht die tragende Beziehung zwischen Bank_a und der Bankiervereinigung hervor, in der Bank_b und Bank_z eingeflochten sind. Aus dieser Beziehung fliessen Pflichten, die für jede Partei - Bank_a und die Bankiervereinigung - verschieden sind (A/B).

A. Pflichten der Bank

Bei Behörde und Öffentlichkeit wirft der mögliche Umfang der Pflichten die meisten Fragen auf (1), während der Geltungsbereich und die Folgen der Pflichtverletzung hauptsächlich die Bank_a, ihre Konkurrenzbank und die Bankiervereinigung betreffen (2/3).

1. Umfang

Die auf Grund von Vereinbarungen, Richtlinien und Empfehlungen entstandenen Pflichten könnten eigentlich vom möglichen Inhalt her gesehen an sämtlichen Schranken des Rechts anstossen. In diesem Zusammen-

hang sollen aber nur die aus dem Kartellgesetz hervorgehenden Grenzen Beachtung finden.

a. Die Vorgängerin zur Konvention III verbietet den Banken, "dass ein auswärtiges Institut oder die Filiale einer auswärtigen Bank die an andern Orten durch Konventionen oder Vereinbarungen geregelten Ansätze unterbietet"¹¹."

Indem die Kartellkommission ihren Auftrag wahrnimmt, die institutionelle Bedeutung des Wettbewerbes zu schützen und neuerdings auf die Funktionsfähigkeit der Wirtschaft zu achten, stösst sie sich an dieser Bestimmung¹². Sie verstummt aber in ihrer Kritik, wenn die Pflichten im öffentlichen Interessen liegen, der Wettbewerb (im Sinne eines Institutes) nicht eindeutig beschränkt ist oder wenn eine Beschränkung speziell im Interesse der kleinen und mittleren Banken liegt¹³.

Für die Bankiervereinigung bedeutet diese gelegentliche Kontrolle ihrer Normen durch die Kartellkommission, dass sie die Vereinbarungen rechtfertigen muss, obwohl die Bestimmungen des Kartellgesetzes über

11 I 5 Satz 2 der Richtlinien über Konkurrenzierung der Banken unter sich vom 7. April 1967 (Nr. 192 D).

12 Vgl. Schürmann, Wirtschaftsverwaltungsrecht 291: "Zweck des Kartellverwaltungsrechtes ist es, Art. 31⁵¹⁸ Abs. 3 lit. d unmittelbar Rechnung zu tragen." Vgl. auch Kartellkommission, Wettbewerbsverhältnisse 274; Merz, Kartellgesetz 95 f; Kartellkommission, Konzentration 13; Schluep 159 - 162.

13 Bei der Konvention XIV betreffend Emissionskontrolle vom 17. März 1967 reicht die Funktionsfähigkeit des schweizerischen Kapitalmarktes als "Rechtfertigungsgrund" aus, vgl. Schweizerische Kartellkommission, Wettbewerbsverhältnisse 271 f; im Falle der Vorgängerin zur Konvention III genügt der Kartellkommission eine einschränkende "Interpretation" seitens der SBVg auf die "aktive Akquisition", vgl. Zirkular Nr. 245 D vom 19. Januar 1971 und Art. 4 Ziff. 2 der Konvention III; auch die Beschränkungen, die das Bancomat-System mit sich bringt, beeinträchtigt die Öffentlichkeit nicht, weil sie im "Interessen der Bankkunden und im Interessen der

den internen Kartellzwang keine derartige Rechtfertigung fordern. Die möglichen Gründe reichen dabei von der notwendigen Kodifizierung von Standesregeln über das Interesse der Kundschaft an einer rationalen Abwicklung des Zahlungsverkehrs bis zum Bestreben, den guten Ruf des Finanzplatzes Schweiz zu wahren¹⁴.

b. Die Vereinbarungen dürfen aber auch nicht den Aussenseiter kartellrechtswidrig behindern: Als Beispiel sei die alte Konvention XIV betr. Emissionskontrolle vom 17. März 1967 herangezogen: Art. 3 III bestimmt, dass "nur Mitglieder dieser Konvention zur Uebernahme von Beteiligungen oder Unterbeteiligungen eingeladen werden." Nach Feststellung der Kartellkommission verunmöglicht so der Art. 3 III einem Nichtmitglied praktisch die Begebung einer Anleihe¹⁵.

Kartellrechtlich stellt dieser Artikel eine Vorkehr mit erheblicher Drittbehinderung im Sinne von KG 4 I dar, was wiederum eine Rechtfertigung erforderlich macht (KG 4 I i. V. m. KG 5 I).

In der Praxis der unter Mitwirkung der Schweizerischen Bankiervereinigung erfolgten Vereinbarungen spielt der externe Kartellzwang aber eine kleine Rolle. So ist die Teilnahme an einer Vereinbarung regelmässig nicht einmal von der Mitgliedschaft zur Bankiervereinigung abhängig¹⁶.

kleinen und mittleren Banken liegen, vgl. Kartellkommission, Jahresbericht 1979 (Zürich 1980) 176 f.

14 Einleitung zu Konvention III; Vereinbarung zwischen den Schweizerischen PTT-Betrieben und den Banken über Zusammenarbeit im Zahlungsverkehr vom 20. November 1978 (Zirkular Nr. 400 D); Ingress zu VSB.

15 Kartellkommission, Wettbewerbsverhältnisse 272.

16 Vgl. die Zusammenstellung in: Schweizerische Kartellkommission, Wettbewerbsverhältnisse 266. Eine Ausnahme aus technischen Gründen findet sich in Art. 6 der Konvention XIV.

2. Geltungsbereich

Artikel 10 Ziffer 1 der Konvention III legt fest, dass "die vorstehende Konvention für alle Dienststellen der gesamten Bank einschliesslich aller Niederlassungen und Agenturen" gelte.

Artikel 10 will die Beziehungen zwischen der Direktion einer Bank und ihren wirtschaftlich mehr oder weniger selbständigen, rechtlich aber unselbständigen Stellen regeln. Die rechtliche Würdigung wirft so auch keine Probleme auf, erstreckt sich die Befehlsgewalt der Gesamtleitung auch auf die Leitung der Zweigniederlassung¹⁷.

Der Artikel 10 Ziffer 1 wäre demnach überflüssig, würden nicht andere Gründe eine Aufnahme nahelegen¹⁸. Wollen hingegen Bank_a und die Bankiervereinigung den persönlichen Geltungsbereich beschränken, so müssen sie im Vertrag eine entsprechende Bestimmung aufnehmen¹⁹.

3. Folgen der Pflichtverletzung

In diesem Zusammenhang wirft die Frage nach der Schadenstragung infolge einer Pflichtverletzung und eines adäquaten Kausalzusammenhanges

¹⁷ Gauch 135 N 687 f.

¹⁸ Vgl. § 1 N 13 Seite 5.

¹⁹ Beispielsweise schränkt Art. 10 Ziff. 3 der Konvention III gewisse Bestimmungen der Konvention auf das Inlandsgeschäft ein; Ziffer 1 der Vorbemerkungen zu VSB nimmt ausländische Niederlassungen, Vertretungen und Tochtergesellschaften von der Vereinbarung aus.

einige Probleme auf²⁰. Dabei ist zwischen der Beziehung der Bank_a zur Bankiersvereinigung (oder ev. zu ihrem Partner bei einer Vereinbarung auf Grund einer Vereinbarung) und zur Bank_z zu unterscheiden (a,b).
a. Ziff. 16 der Vereinbarung über die flexible Kurssicherung ... vom 8. November 1978 hält ausdrücklich fest: Für den Fall einer Verletzung der Bestimmungen dieser Vereinbarung haftet die fehlbare Bank für den sich ergebenden Schaden (... administrative Umtriebe usw.).
Zudem macht OR 97 I jeden Schuldner einer Verbindlichkeit im Falle einer Nicht-oder nicht gehörigen Erfüllung ohne Nachweis des Verschuldens haftbar. .

Die Ziffer 16 wäre demnach überflüssig, zieht doch jeder Vertrag als gesetzliche Nebenfolge eine allfällige Schadenersatzpflicht nach sich²¹.

Diese Rechtsfolge spielt aber nur bei den Verträgen. Bei allen anderen, rechtlich nicht verbindlichen Normen der Bankiersvereinigung müsste für eine Schadenstragung seitens der Bank_a zusätzlich eine Widerrechtlichkeit und ein Verschulden hinzukommen (OR 41 I).

Die Verletzung einer rechtlich nicht verbindlichen Verbandsnorm vermag aber gegenüber der SBVg keine Widerrechtlichkeit zu begründen, da die Bankiersvereinigung auf eine rechtlich verbindliche Ausformung hinwirken kann, wenn sie sich schadlos halten will.

b. Aus der Untersuchung des gemeinsamen Aufbaus folgt, dass zwischen Bank_a und Bank_z keine unmittelbare Beziehung besteht. Erleidet Bank_z

20 Zu den anderen Folgen der Pflichtverletzung vgl. die Ausführungen über die Konventionalstrafe (§ 2 II B 2 Seite 50 - 51) oder über die Erfüllung des Missstandsbegriffes (§ 1 III C 1 Seite 34).

21 v. Tuhr/Escher 99.

infolge einer Vertragsverletzung der Bank_a einen Schaden, so kann sie sich nicht auf eine Haftung aus Vertrag berufen, weil Bank_a lediglich gegen einen Vertrag zwischen ihr und der Bankiervereinigung verstösst. Eine Schadenersatzpflicht kann aber auch im Falle eines Verschuldens aus UWG 2 I lit. d fliessen, zumal Bank_a und Bank_z im wirtschaftlichen Wettbewerb stehen^{22,23}. Sie setzt einen Verstoss gegen den Grundsatz von Treu und Glauben, mithin gegen ein höheres Mass von Vertrauen voraus²⁴. Ein derartiges Vertrauen herrscht aber zwischen den Teilnehmern von Verträgen mit gleichem Inhalt, so dass die Vertragsverletzung auch eine Schadenersatzpflicht von Bank_a gegenüber den anderen Teilnehmerbanken begründen kann²⁵.

Die gleiche Ueberlegung gilt auch für die anderen, rechtlich nicht verbindlichen Normen der Bankiervereinigung (Gentlemen's Agreements, Richtlinien, Empfehlungen). Obwohl die daraus fliessenden Pflichten rechtlich nicht erzwingbar sind, erhalten sie dennoch rechtliche Bedeutung wegen des höheren Masses an Vertrauen, welches von den Abreden innerhalb des Verwaltungsrates/Ausschusses der Bankiervereinigung, in dem alle Bankengruppen vertreten sind, ausgeht.

22 Wirtschaftlicher Wettbewerb setzt zwei Teilnehmer voraus, die aktiv und selbständig am Wirtschaftsleben teilnehmen und sich um Vertragsschlüsse bemühen, aus denen ihnen unmittelbar oder mittelbar Geld zufliesst, vgl. Kummer 36.

23 Vgl. auch die Ausführungen zum Problem der Teilnahme weiterer Dritter (Werbeagenturen, Verleger, Bankkunden) in § 3 II C 1 Seite 70 f.

24 UWG 1 I; Troller 1045 - 1048; Heinrich Troxler 130 - 132.

25 Gl. M. v. Büren 63; Rentsch 242 f.

8. Pflichten der Bankiervereinigung

Damit sich die unter Mitwirkung der Bankiervereinigung erfolgten Normen im Wirtschaftsleben überhaupt durchsetzen können, muss die Bankiervereinigung gleich der einzelnen Bank verschiedene Pflichten erfüllen. Im Vordergrund steht dabei die Sorge für Anwendbarkeit und die Vollstreckungspflicht (1,2). Diese beiden Pflichten machen auch die Parteistellung gegenüber der Bank_a aus. Am Inhalt der Pflichten ändert sich auch nichts, wenn die Bankiervereinigung ihre Aufgaben mit einem anderen Partner (SNB, PTT) wahrnehmen muss.

1. Sorge für die Anwendbarkeit

In Artikel 15 IV VSB ermächtigen die unterzeichnenden Banken den Verwaltungsrat der Bankiervereinigung, die sich aus den Erfahrungen ergebenden Änderungen oder Präzisierungen der Vereinbarung mit der Nationalbank vorzunehmen.

Das vertragsgemässe Recht auf einseitige und für alle beteiligten Banken verbindliche Festlegung des Inhaltes wirft keine Probleme auf, würde doch bei der geringsten Auseinandersetzung zwischen zwei Banken über den Inhalt oder bei neuen Erscheinungen das sonst schon heikle Geflecht sehr rasch zerbrechen. Dieses Recht auf einseitige Festlegung ist denn auch nicht bestritten und geschieht in Form von nachträglichen Interpretationen auf dem Zirkularwege oder in Form von Kom-

mentaren (Erläuterungen) zu Verträgen²⁶.

Fragen wirft hingegen der Umfang dieses Rechtes auf: Die Antwort liegt im Vertrauensprinzip, welches aus Treu und Glauben hervorgeht (Art. 2 I ZGB). Treu und Glauben schränkt den Umfang der Rechte und Pflichten auf die Zweckbezogenheit ein²⁷. Im ausdrücklich oder stillschweigend verabredeten Zweck liegt demnach die Grenze in der Sorge für die Anwendbarkeit²⁸. Innerhalb dieser Grenzen muss die Bankiervereinigung bei der Sorge für die Anwendbarkeit gleich wie ein Zivilrichter vorgehen, der vor dem Problem der Rechtsanwendung steht. Sie muss so den Inhalt einer aus einem Vertrag fliessenden Norm nachvollziehen bzw. bestätigen, eine Norm ergänzen und eine Norm korrigieren:

- Unter nachvollziehende Anwendung fallen u. a. die Definitionen wichtiger Begriffe wie Sitzgesellschaft oder Kapitalflucht²⁹.
- Die ergänzende Anwendung betrifft die Erledigung derjenigen Fragen, welche der Vertrag offenlässt, obschon er jene seinem Zwecke nach an sich beantworten sollte.

Das Ausmass der Sorge für die Anwendbarkeit kann gelegentlich grössere Ausmasse annehmen, so bei der Regelung von Depotgebühren nach

26 Vgl. die Beispiele in § 1 N 11 Seite 4. Erläuterungen kommen aber auch bei den (rechtlich unverbindlichen) Gentlemen's Agreements vor, vgl. dazu das Zirkular Nr. 143 D vom 12. Januar 1961 betr. Gentlemen's Agreement ... zur Abwehr und Verminderung ausländischer Gelder vom 15. August 1960. Für sie gelten die folgenden Ausführungen sinngemäss. Bei den Richtlinien und Empfehlungen spielen sie keine Rolle, weil eine Abstützung auf die ursprüngliche Richtlinie/Empfehlung nicht notwendig ist.

27 Vgl. Merz N 51 - 53 zu ZGB 2.

28 Diese Ueberlegung stimmt mit der Auffassung der Juristischen Kommission der SBVg zu VSB 15 IV überein, wonach diese Kompetenz nicht die Ermächtigung einschliesse, die Vereinbarung in ihrem Wesensgehalt abzuändern, vgl. Seite 1 und 7 der Beilage zu Zirkular Nr. 345 D vom 21. Juli 1977.

29 Vgl. dazu die Ziff. 47 und 54 der gemeinsamen Erläuterungen zu VSB.

einem Währungszusammenbruch oder bei grossem Wandel in der Geschäftstätigkeit³⁰.

- Denkbar wäre auch eine korrigierende Sorge für die Anwendbarkeit, bei der zwar eine vertragliche Regelung besteht, diese aber aus einem ganz besonderen Grund nicht anwendbar ist, insbesondere wegen eines widersprüchlichen Verhaltens der Bank³¹.

2. Vollstreckungspflicht

Die Wirksamkeit eines Vertragsgeflechtes hängt nicht nur von anwendbaren Normen, sondern auch von der Durchsetzung anwendbarer Normen ab. So hält Art. 9 der Konvention IV vom 1. Januar 1933 fest: "Bei Zuwiderhandlung gegen eine der Bestimmungen der Konvention kann dem Fehlbaren vom Vorstand eine Konventionalstrafe bis zur Höhe von Fr. 5000.- auferlegt werden."

Art. 14 I i. V. m. Art. 4 I KG bindet Massregelungen zur Durchsetzung erheblicher, bestehender Kartellpflichten an den Grundsatz der Verhältnismässigkeit. Massregelungen zur Durchsetzung von Kartellpflichten, die bloss vorübergehende oder geringe Tragweite aufweisen, unterstehen dem Grundsatz nicht³². In allen anderen Fällen müssen die Mass-

30 Vgl. dazu die Auswirkungen des Sturzes der polnischen, österreichischen und ungarischen Währung auf die Konvention IV in SBVg 10(1921/1922) 98 - 101 und Zirkular Nr. 383 D betr. Konkurrenzierung der Banken unter sich vom 6. Juli 1978.

31 Weitere Fallgruppen sind in Merz N 285 ff zu ZGB 2 umschrieben.

32 Merz, Kartellgesetz 41 und Schluep 153 (Bindung des internen Kartellzwanges an das Verhältnismässigkeitsprinzip).

reglungen schonend, aber nicht subsidiär sein³³.

Dabei fallen nach der Botschaft zum Kartellgesetz die Konventionalstrafen nicht unter die Bestimmung von KG 14 I, weil die Konventionalstrafen schon in OR 163 geregelt seien³⁴. Diese Feststellung trifft hingegen nur für die privaten Interessen zu und lässt die enge Verknüpfung mit Art. 15 I KG unberücksichtigt, der insbesondere die öffentlichen Interessen wahren will³⁵. Für die Konventionalstrafen sind sowohl das Obligationenrecht als auch das Kartellgesetz anwendbar³⁶.

Der zweite Halbsatz von VSB 14 II nimmt denn auch die Bindung der Konventionalstrafe an die Verhältnismässigkeit auf, obwohl die Bindung von Gesetzes wegen gelten würde. Er lautet: "Bei der Bemessung der Konventionalstrafe sind die Schwere der Vertragsverletzung, der Grad des Verschuldens und die Vermögenslage der Bank zu berücksichtigen."

Art. 14 I des Kartellgesetzes erstreckt sich aber auch auf die Massnahmen zur Durchsetzung erheblicher, bestehender Kartellpflichten aus Gentlemen's Agreements, Richtlinien und Empfehlungen. Aus der Sicht der Praxis dürfte diese Feststellung jedoch keine Bedeutung haben, weil als Massregelung nur ein Appell an das Solidaritätsgefühl oder allenfalls ein Ausschluss aus der Bankiervereinigung in Frage kommt (§ 5 der Statuten).

33 Schürmann, Kartellgesetz 85 und 131.

34 Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung zum Entwurf eines Bundesgesetzes über Kartelle und ähnliche Organisationen vom 18. September 1961 in: BB1 1961 II 594 und 598.

35 Botschaft (zit. N 34) 597.

36 Merz, Kartellgesetz 94 befürwortet eine ausdehnende Interpretation bei Missständen, wie die Ausfällung exzessiver Konventionalstrafen.

3. Folgen der Pflichtverletzung

In diesem Zusammenhang steht die Frage, ob die geschädigte Bank_a gegenüber der Bankiervereinigung infolge einer adäquat-kausalen Pflichtverletzung einen Ersatz geltend machen kann.

Liegt ein Vertrag vor, so entsteht wiederum eine Ersatzpflicht aus OR 97 I mit möglichem Entlastungsbeweis seitens der SBVg. Liegt kein Vertrag vor, so scheitert ein allfälliger Ersatzanspruch aus OR 41 an der fehlenden Widerrechtlichkeit, da die Bank_a auf eine rechtlich verbindliche Norm zwischen ihr und der Bankiervereinigung hinwirken könnte.

III. Beendigung

Verschiedene Gründe führen zur Aufhebung von Vereinbarungen, Richtlinien und Empfehlungen. Im Vordergrund stehen dabei die Erfüllung (A), der Eintritt einer auflösenden Bedingung (B) und die Kündigung (C).

A. Erfüllung

Art. 11 der Vereinbarung über die ausserordentlichen Mindestguthaben ... vom 20. August 1971 bestimmt: "Die Vereinbarung kann im gegenseitigen Einvernehmen (zwischen Nationalbank und Bankiervereinigung) vorzeitig ausser Kraft gesetzt werden, wenn ihr Fortbestand sich nicht

mehr als nötig erweist."

Nach einem allgemeinen Grundsatz findet aber eine Rechtsbeziehung bei der Erfüllung des Zweckes ihr Ende³⁷. Die vorliegende Klausel wäre demnach einerseits überflüssig, anderseits unvollständig: Auch die betroffene Bank könnte diese Tatsache feststellen.

So fehlt den meisten unter Mitwirkung der Bankiersvereinigung erfolgten Verträgen eine entsprechende Bestimmung. Sie versteht sich von selbst. Mittelbar gilt dieser Grundsatz aber auch für die rechtlich bedeutsamen Gentlemen's Agreements, Richtlinien und Empfehlungen. Entsprechend den Verträgen finden sie ihr Ende in der Erfüllung des Zweckes.

B. Eintritt einer auflösenden Bedingung

Beinahe alle Konventionen und einige Vereinbarungen mit der Nationalbank sehen für Bank_a die Möglichkeit vor, sich ohne Rücksicht auf die ordentlichen Fristen der Kündigung von Bank_b anzuschliessen. Solche Klauseln halten mit anderen Worten fest, dass Bank_a nur solange an eine Konvention/Vereinbarung gebunden ist, als ihre Konkurrenzbank bzw. ihre konkurrierende Bankengruppe auch an der Verbandsnorm teilnimmt.

Gemäss OR 154 I verliert ein Vertrag seine Wirksamkeit, wenn er von einer auflösenden Bedingung abhängig gemacht worden ist.

Die Teilnahme der Konkurrenzbank bzw. der konkurrierenden Bankengruppe

37 Vgl. dazu v. Tuhr/Escher 55.

stellt eine derartige ungewisse Tatsache, mithin eine auflösende Bedingung, dar.

Solche Klauseln wären demnach überflüssig, wäre die oben beschriebene Bedingung nicht regelmässig von einer weiteren Bedingung abhängig: der Einhaltung einer befristeten Anschlussklärung³⁸.

Diese Abhängigkeit der Verträge von der Teilnahme Dritter stärkt übrigens Bank_a gegenüber der Bankiervereinigung dermassen, dass sie nie stärker auf die Einhaltung der Anwendungs- und Vollstreckungspflicht beharren muss. Denn der Hinweis auf die auflösende Bedingung wirkt stärker als eine mögliche gerichtliche Geltendmachung des Erfüllungsanspruches.

Selbstverständlich gelten die Ausführungen über die aufschiebende und auflösende Bedingung sinngemäss auch für die rechtlich bedeutsamen Gentlemen's Agreements, Richtlinien und Empfehlungen.

C. Kündigung

Artikel 12 I der Konvention III lautet: "Die Konvention kann von jedem Mitglied auf Ende eines Kalenderjahres durch eine mindestens ein halbes Jahr vorher erfolgende Anzeige ... gekündigt werden."

Art. 13 II KG verbietet die übermässige Erschwerung der Beendigung der Kartellverpflichtung. Steht eine Kündigungsfrist in Frage, so bildet die Fünfjahresfrist in Anlehnung an das Genossenschaftsrecht (OR 843)

³⁸ Art. 12 II der Konvention III lautet entsprechend: "(Von erfolgten Kündigungen ist sämtlichen Mitgliedern sofort Kenntnis zu geben.) Diese haben alsdann das Recht, sich binnen eines Monats einer solchen Kündigung anzuschliessen."

die äusserste Grenze³⁹.

In diesen Zusammenhang gehört die Feststellung, dass die Erschwerung der Beendigung auch von weiteren, tatsächlichen Umständen abhängig sein kann⁴⁰.

In der Praxis der Bankiervereinigung betragen denn auch die Kündigungsfristen meistens sechs Monate⁴¹.

Die verhältnismässig kurzen Fristen verunmöglichen der Bankiervereinigung die unmittelbare gerichtliche Durchsetzung der vertraglich vereinbarten Kartellpflichten. Dieser Umstand vermag den kleinen Unterschied zwischen den rechtlich verbindlichen Verträgen und den rechtlich bedeutsamen Gentlemen's Agreements, Richtlinien und Empfehlungen verständlich zu machen⁴².

39 Schürmann, Kartellgesetz 128; Merz, Kartellgesetz 92.

40 Vgl. dazu Kartellkommission, Wettbewerbsverhältnisse 272.

41 Bei der Vereinbarung ... über die Mindestguthaben und die zulässige Kreditausweitung vom 1. September 1969 betrug die Kündigungsfrist zwei Jahre, wobei die Vereinbarung zusätzlich für eine Dauer von drei Jahren fest abgeschlossen wurde (Art. 14 I und II).

42 Die aus KG 13 II hervorgehende, zeitliche Beschränkung gilt sinngemäss auch für die Gentlemen's Agreements, Richtlinien und Empfehlungen, dies wegen der Einheit der Rechtsordnung.

§ 3 Besonderer Teil

Die unter Mitwirkung der Bankiervereinigung erfolgten Vereinbarungen, Richtlinien und Empfehlungen geben nicht nur zu allgemeinen Ueberlegungen Anlass. Auch jede einzelne Norm des Verbandes wirft Fragen auf. In einem besonderen Teil folgt die Darstellung je einer Vereinbarung auf Grund einer Vereinbarung (I), einer einfachen Vereinbarung (II) und einer Richtlinie auf Grund einer Vereinbarung (III).

I. Vereinbarung über die Sorgfaltspflicht bei der Entgegennahme von Geldern und die Handhabung des Bankgeheimnisses vom 1. Juli 1977

An der VSB sind neben Bank_a, Bankiervereinigung und Nationalbank noch weitere Personen beteiligt, so dass sich zunächst eine Uebersicht über den Aufbau aufdrängt (A). Unter B folgen Ausführungen, ob die Teilnahme überhaupt mit den in den Grundlagen erarbeiteten Aufträgen vereinbar ist. Den Abschluss bildet eine Zusammenstellung übriger Rechtsfragen im Zusammenhang mit der VSB (C).

A. Ueberblick über den Aufbau

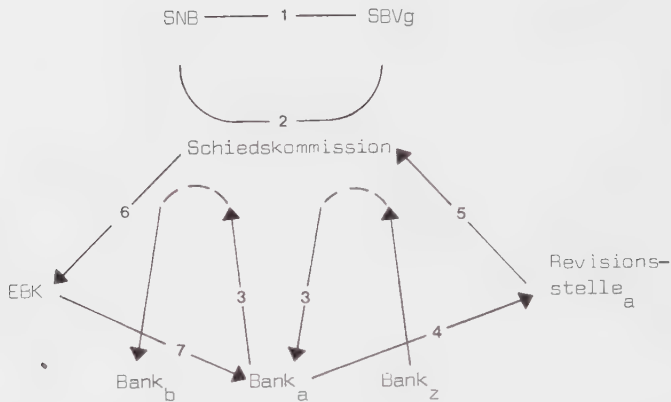
Neben den erwähnten Personen spielen in der Abwicklung der Vereinbarung noch eine Schiedskommission, die bankengesetzliche Revisionsstelle der Bank_a, die Eidgenössische Bankenkommission und die

Banken_{b/z} eine Rolle.

Klarheit über den Aufbau verschafft dabei die Aufgliederung der VSB in die sie tragenden vier Verträge (1 - 4) und die Aufzeichnung der Abwicklung (5 - 7).

1. SBVg und SNB vereinbaren, die Banken zu einer Sorgfaltspflicht zu veranlassen und eine gemeinsame Schiedskommission zur Verwirklichung dieses Zweckes zu beauftragen.
2. Der Auftrag an die Schiedskommission erfolgt stillschweigend durch unmittelbare Bestimmung der Kommissionsmitglieder (bzw. durch mittelbare im Falle des Präsidenten).
3. Bank_a vereinbart mit SNB und SBVg ein sorgfältiges Verhalten gemäss Ziff. 1, wenn und solange es Bank_b auch tut. Zudem verspricht Bank_a, die Kontrolle durch Miteinbezug ihrer Revisionsstelle zu erleichtern. SBVg und SNB verpflichten sich, mittels Schiedskommission dafür zu sorgen, dass Bank_a sich gleich wie Bank_z verhält.
4. Bank_a beauftragt schriftlich ihre Revisionsstelle, die Kontrolle zu erleichtern.
5. Im Falle eines Verstosses gegen die vereinbarte Sorgfaltspflicht oder eines begründeten Verdictes hat die Revisionsstelle der Schiedskommission Meldung zu erstatten.
6. Die Schiedskommission informiert im Hinblick auf die Durchsetzung von BaG 3 II lit. c die Bankenkommission.
7. Die Bankenkommission trifft die notwendigen aufsichtsrechtlichen Verfügungen.

In einer Zeichnung kommen die Beziehungen auf Grund der Verträge und der Abwicklung wie folgt zum Ausdruck:



E. vereinbarkeit mit Ev 39 III und BaG 23^{ter} I

1. An der Vereinbarung sind die Nationalbank unmittelbar als vertrags-schliessende Partnerin und die Bankenkommission mittelbar als Emp-fängerin von Entscheiden der Schiedskommission beteiligt (Ingress und Art. 14 V VSB). Eine Ueberprüfung der Zuständigkeit an Hand der Auf-träge drängt sich auf.

2. Die Nationalbank ist dann zuständig, wenn eine Unverträglichkeit mit der Gemeinschaft in Frage steht und die Ursache dafür in den Hand-lungen aller oder vieler Banken liegt¹.

Die Unverträglichkeit mit der Gemeinschaft wirft keine Fragen auf. Denn die Führung von Konti und Wertschriftendepots ohne sorgfältige

1 Vgl. § 1 II B 2 Seite 25 - 27.

Feststellung des wahren Berechtigten kann die Währungspolitik der Nationalbank beeinträchtigen²; die aktive Beihilfe zur Kapitalflucht und weitere verpönte Handlungen können die Zusammenarbeit zwischen der Nationalbank und ausländischen Währungsbehörden erschweren³.

Diese Unverträglichkeiten müssen zudem ihre Ursache in den Handlungen aller oder vieler Banken haben.

Diese zweite Voraussetzung ist aber nicht erfüllt, weil die Führung von Konti und Depots ohne Feststellung des Berechtigten, die Entgegennahme von Geldern krimineller Herkunft und die aktive Beihilfe zur Kapitalflucht nicht zu den Geschäften der grossen Mehrheit gewissenhafter Bankiers zählen⁴. Diese Ueberlegung führt zur Feststellung, dass die Teilnahme der Nationalbank an der VSB ausserhalb ihres umfassenden Auftrages gemäss BV 39 III liegt.

3. Was die Verwendung der VSB seitens der Bankenkommission anbelangt, so ist dagegen nichts einzuwenden. Denn die Bankenkommission hat die Aufgabe, bei Unverträglichkeiten, die ihre Ursachen in den Handlungen einzelner Banken haben, einzuschreiten. Die in der VSB verpönten Tatbestände stellen derartige Handlungen dar⁵.

4. Der Inhalt der VSB wäre demnach in das Bankengesetz aufzunehmen. Sollte dies nicht möglich sein, so wäre der Inhalt in eine Richtlinie

2 VSB 3 und Klauser, Bankgeheimnis 29 - 31.

3 Vgl. VSB 2, 4, 5, 8 u. 9 und Leutwiler 6.

4 Zwischen 1970 und 1978 wurden in der Schweiz 26 Fälle aufgedeckt, bei denen Gelder krimineller Herkunft "reingewaschen" wurden, vgl. NZZ vom 9./10. Mai 1981 Nr. 106 Seite 9. In der Zeit vom 1. Juli 1977 bis 1. Oktober 1980 entschied die Schiedskommission VSB über 15 Fälle, vgl. Klauser, Zwischenbilanz 3.

5 Gl. M. EBK (1979) 27; vgl. auch die Bemerkungen zum Auftrag der EBK in § 1 II A 2 Seite 21 - 22.

auf Grund einer Vereinbarung zwischen Bankiervereinigung und Bankenkommision zu überführen.

C. Andere Rechtsfragen

Die VSB wirft aber noch andere, weniger grundsätzliche Fragen auf, die einen Zusammenhang mit dem Bankgeheimnis (1), der Vollstreckbarkeit der Konventionalstrafe (2) und den bankenaufsichtsrechtlichen Folgen einer Vertragsverletzung haben (3).

1. Wahrung des Bankgeheimnisses

a. In VSB 13 I verpflichten sich die Banken, ihre bankengesetzlichen Revisionsstellen zu beauftragen und zu ermächtigen, Verstösse der eingesetzten Schiedskommission zu meiden.

b. Gemäss Art. 47 I BaG macht sich aber strafbar, wer ein Geheimnis offenbart, das ihm in seiner Eigenschaft als Organ oder Angestellter einer anerkannten Revisionsstelle anvertraut worden ist oder das er in dieser Eigenschaft wahrgenommen hat. Unter das Bankgeheimnis fallen dabei alle Tatsachen, die sich aus der geschäftlichen Beziehung zwischen Kunde und Bank ergeben⁶.

Da alle Meldungen, die Vertragsverletzungen betreffen, eine Tatsache

⁶ Podmer/Kleiner/Lutz N 5 zu BaG 47; Aubert/Kernen/Schönle 75 - 77.

aus der Beziehung zwischen Bank und Kunde zum Gegenstand haben, ist zu prüfen, ob sich die Revisionsstelle beim Erstellen einer Meldung strafbar macht.

c. Da keine Behörde in Frage steht, würde sich die Revisionsstelle einzig dann nicht strafbar machen, wenn die Schiedskommission nicht als aussenstehende Person der Bank zu betrachten wäre, namentlich als Organ oder Beauftragte einer Bank i. S. v. BaG 47 I.

Organ ist dabei derjenige Teil einer juristischen Person, der effektiv und in entscheidender Weise an der Bildung des Verbandswillens teilhat⁷. Ein derartiger Einfluss steht der Schiedskommission nicht zu, hat sie doch lediglich die Regeln zu überprüfen, unter die die Organe einer Bank ihre Unterschrift gesetzt haben⁸.

Schwierigkeiten bereitet der Entscheid, ob die Schiedskommission als Beauftragte zu betrachten sei. VSB 14 I erwähnt lediglich, dass eine Schiedskommission für die Abklärung und Ahndung von Verletzungen gebildet werde.

Die Abklärung und Ahndung fällt aber als Teil der Vollstreckungspflicht in den Aufgabenbereich der Bankiervereinigung und Nationalbank. Diese Überlegung führt zur Feststellung, dass die Schiedskommission nicht Beauftragte der Bank, sondern Beauftragte der Nationalbank und Bankiervereinigung ist⁹.

⁷ Meier-Hayoz/Forstmoser 54.

⁸ Auch Aubert/Kernen/Schönle 174 - 176, die das Organ i. S. v. Art. 47 I BaG weit auslegen, zweifeln an der Unterstellung der Schiedskommission unter den Organbegriff.

⁹ A. M. Nobel 69, der aus der Schweigepflicht der Schiedskommission (VSB 14 IV) ihre Stellung als Beauftragte der Bank ableiten will. Diese Auffassung trägt der strafrechtlich zusätzlich geschützten Beziehung zwischen Kunde und Bank zuwenig Rechnung.

c. Die bankengesetzliche Revisionsstelle hat daher das Bankgeheimnis zu wahren. Art. 14 IV VSB und Ziff. 69 der Gemeinsamen Erläuterungen sind im Hinblick auf BaG 47 I überflüssig, darf die Schiedskommission doch keine Tatsachen erfahren, die gegen das Bankgeheimnis verstossen. Nationalbank und Bankiervereinigung haben das Problem auch erkannt. In einem gemeinsamen Brief vom 15. Februar 1978 weisen sie die bankengesetzlichen Revisionsstellen an, den Namen des Kunden durch eine Kennzeichnung der Transaktion zu ersetzen¹⁰.

2. Vollstreckbarkeit der Konventionalstrafe

a. VSB 14 I lautet vollständig: "Für die Abklärung und Ahndung von Verletzungen dieser Vereinbarung wird eine Schiedskommission mit Sitz in Zürich gebildet, der je zwei Vertreter der Nationalbank und der Bankiervereinigung angehören und die von einem von diesen Vertretern einstimmig bezeichneten Bundesrichter präsiert wird. Das Sekretariat der Schiedskommission wird von der Nationalbank geführt."

b. In diesem Zusammenhang steht die Frage, ob die Schiedskommission als Schiedsgericht zu betrachten sei. Die unmittelbare Vollstreckbarkeit eines Entscheides über eine Konventionalstrafe hängt von dieser Frage ab.

c. Was das anwendbare Recht anbelangt, so ist nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung auf den Sitz des in Frage stehenden Schiedsgerichtes abzustellen (BGE 64 I 187). Somit ist die zürcherische Zivilprozessordnung heranzuziehen.

d. Nach ZPO 238 I und 249 I begründet eine schriftliche Schiedsabrede dann die Zuständigkeit eines zürcherischen Schiedsgerichtes, wenn ein Schiedsvertrag vorliegt (e), wenn das Schiedsgericht Ansprüche zu beurteilen hat, über die die Parteien frei verfügen dürfen (f) und wenn die Schiedsabrede nicht wegen der Vorzugsstellung einer Partei anfechtbar ist (g).

e. Zunächst muss ein Schiedsvertrag vorliegen. Bei der Auslegung ist in erster Linie vom Wortlaut auszugehen. Zudem darf ohne deutliche Kundgebung nicht angenommen werden, die Parteien hätten auf die mit einem staatlichen Rechtsgang verbundenen Garantien verzichten wollen¹¹.

Eine einschränkende Auslegung drängt sich insbesondere bei VSB 14 I auf, zumal die Vereinbarung nur von einer (Schieds-) kommission spricht und die beachtlichen Konventionalstrafen keinen Verzicht auf verfahrensrechtliche Garantien nahelegen.

Ein allfälliger Entscheid der Schiedskommission über ihre Zuständigkeit als Schiedsgericht wäre mit einem Rekurs an das Obergericht anfechtbar (ZPO 241 I und II).

f. Sodann müssen die Parteien über den Anspruch frei verfügen können. Die freie Verfügbarkeit fehlt aber den Banken, weil die Schiedskommission ohne verfahrensrechtliche Sicherungen i. S. v. KG 15 I zu Konventionalstrafen, die gleichzeitig Massregelungen zur Durchsetzung erheblicher Kartellpflichten i. S. v. KG 14 I darstellen, verurteilen kann¹².

Ein allfälliger Entscheid der Schiedskommission als Schiedsgericht

¹¹ Wiget N 11 zu ZPO 238.

¹² Vgl. die Bemerkungen zur Unterstellung der Konventionalstrafen unter KG 14 I in § 2 II B 2 Seite 50 - 51.

wäre nichtig, d. h. jederzeit und überall unbeachtlich¹³.

g. Zudem darf keiner Partei bei der Bestellung des Schiedsgerichtes eine Vorzugstellung eingeräumt werden (ZPO 242 II). Aus der Untersuchung des gemeinsamen Aufbaus und Inhalts geht hervor, dass Partei ist, wer sich einerseits zur gemeinsamen Beschränkung des Wettbewerbes mit Eignung zu Markteinfluss verpflichtet, andererseits wem die Sorge für die Anwendbarkeit und die Vollstreckungspflicht obliegt.

Die Parteistellung von Bank_a wirft dabei keine Fragen auf. Probleme entstehen hingegen bei der Bestimmung der anderen Partei: Die Antwort besteht darin, dass die Bankiervereinigung gemeinsam mit der Nationalbank die Parteistellung innehat, da beide gemeinsam für die Anwendbarkeit zu sorgen haben (VSB 15 IV) und beide gleichzeitig je zwei der fünf Kommissionsmitglieder zu stellen haben (VSB 14 I)¹⁴.

Damit würde eine Partei keine, die andere zusammen vier (mittelbar fünf) der fünf Schiedsrichter stellen. Ein derartiger Schiedsspruch wäre so gemäss ZPO 255 I i. V. m. 281 Ziff. 1 anfechtbar.

Steht die Vollstreckung in einem anderen Kanton in Frage, so wäre er in Anlehnung an die bundesgerichtliche Rechtsprechung in Sachen Verbandsgerichtsbarkeit gar nichtig. Denn die zusätzliche Teilnahme der Nationalbank vermindert das Rechtsschutzbedürfnis der betroffenen Bank nicht, Richtern gegenüberzustehen, die nicht in erster Linie das Verbands- bzw. Gemeinwohl im Auge haben¹⁵.

13 Wiget N 2 zu ZPO 238.

14 Der Ingress zu VSB ist somit nicht genau. Er müsste lauten: Die unterzeichneten Banken ... schliessen mit der Schweizerischen Bankiervereinigung und der Schweizerischen Nationalbank folgende Vereinbarung ab:

15 Vgl. BGE 76 I 87; Nef 99 ff und die Ausführungen über den doppelten Auftrag der Bankiervereinigung in § 1 II C Seite 28 - 29.

h. Zusammenfassend lässt sich sagen, dass die Schiedskommission nicht als Schiedsgericht zu betrachten ist. Ihrem Entscheid steht ein Anfechtungsgrund wegen mangelnden Schiedsvertrages, ein Nichtigkeitsgrund aus KG 15 und wiederum ein Anfechtungsgrund (bzw. Nichtigkeitsgrund bei der Vollstreckung ausserhalb des Kantons Zürich) wegen Vorzugsstellung einer Partei entgegen¹⁶.

Diese Mängel wirken sich aber auch im Vollstreckungsverfahren aus, zumal die Schiedskommission nicht mit einem Entscheid, der Nichtigkeitsgründe aufweist, Rechtsöffnung i. S. v. SchKG 80 I erhalten kann¹⁷.

Zur Durchsetzung ihres Entscheides über eine Konventionalstrafe müsste die Schiedskommission daher nach SchKG 79 den ordentlichen Prozessweg betreten.

3. Bankenaufsichtsrechtliche Folgen einer Vertragsverletzung

a. VSB 14 V lautet: "Die Schiedskommission gibt von ihren Entscheiden der Eidgenössischen Bankenkommision zur Prüfung der Frage Kenntnis, ob die mit der Verwaltung und Geschäftsführung der Bank betrauten Personen noch 'Gewähr für eine einwandfreie Geschäftstätigkeit' im Sinne von Art. 3 Abs. 2 lit. c des Bankengesetzes bieten."

b. Die Schiedskommission gibt mit anderen Worten der Bankenkommision von ihren Entscheiden Kenntnis, damit die EBK prüfe, ob der Bank die

16 A. M. Nobel 67, der in seiner Bestimmung der Rechtsnatur nicht auf die eben aufgeworfenen Fragen eingeht; Klauser, Zwischenbilanz 2 und NZZ vom 28. November 1980 Nr. 278 Seite 19, die die Auffassung von Peter Nobel übernehmen.

17 Wiget N 2 zu ZPO 238 und BGE 76 I 87.

Bewilligung zur Geschäftstätigkeit zu entziehen sei (BaG 23^{quinqües} I i. V. m. BaG 3 II lit. c).

c. Neben dem Entzug der Bewilligung zur Geschäftstätigkeit stehen der Bankenkommision noch andere Mittel zur Verfügung. Die Bankenkommision prüft dabei frei, ob eine Vertragsverletzung überhaupt einen Missstand darstellt. Sie trifft daraufhin die zur Beseitigung notwendigen Verfügungen (BaG 23^{ter} I).

Was den Missstand anbelangt, so muss sie untersuchen, ob die einzelne Vertragsverletzung mit der Gemeinschaft unvereinbar ist¹⁸. Hinsichtlich der zur Beseitigung des Missstandes notwendigen Verfügungen ist die Bankenkommision an den Grundsatz der Verhältnismässigkeit gebunden (VwVG 42). Dabei stellt der Entzug der Bewilligung die schärfste Waffe der Bankenkommision dar, weil er zur Auflösung bzw. Löschung der Bank führt (BaG 23^{quinqües} II).

d. Abs. V von VSB 14 ist daher zu eng. Er müsste lauten: "Die Schiedskommision gibt von ihren Entscheiden der Eidgenössischen Bankenkommision zur Prüfung der Frage Kenntnis, ob im Sinne von Art. 23^{ter} Abs. 1 des Bankengesetzes Verfügungen zur Beseitigung eines Missstandes zu erlassen seien."

18 Vgl. die Ausführungen über die Auslegung des Missstandsbegriffes in § 1 II A Seite 21 - 22. Zur Auslegung von BaG 3 II lit. c vgl. Christoph Müller 92 - 102 und 68 - 71.

II. Konvention III betreffend Kundenakquisition und Werbung der Banken vom 1. Februar 1980

Die Konvention III nimmt unter sämtlichen Vereinbarungen, Richtlinien und Empfehlungen eine Sonderstellung ein, weil sie den Bestand aller übrigen Normen des Verbandes sichern will. Ein Bedürfnis zu einer Vereinbarung, die einen Teil der Werbung regelt, liegt im Umstand, dass sich der Wettbewerb unter den Banken zusehends vom Preis auf andere Merkmale verlagert, namentlich auf die Werbung¹⁹.

Die Beschreibung des Inhaltes steht am Anfang (A). Anschliessend folgen Ausführungen über die entscheidende Frage, ob der Inhalt mit den Gedanken von BV 31^{bis} III lit. d und den verwaltungsrechtlichen Bestimmungen des Kartellgesetzes übereinstimmt (B). Den Abschluss bildet die Beantwortung anderer Rechtsfragen (C).

A. Ueberblick über den Inhalt

Der Inhalt ist mehrschichtig, weil sich die Bankiervereinigung schon früher mit diesem Gegenstand befasst hat²⁰. Die Banken, die die Konvention III unterzeichnet haben, wollen mit ihr verhindern, dass

19 Dazu Schuster 194 - 200.

20 Vgl. Zirkular vom 9. April 1943; Zirkular Nr. 72 D vom 3. Oktober 1953; Zirkular Nr. 192 D vom 7. April 1967 betr. Konkurrenzierung der Banken unter sich und Zirkular Nr. 383 D vom 6. Juli 1978.

- eine Bank die andere durch unfairen Wettbewerb unmittelbar schädigt,
- die Zusammenarbeit unter den Banken und damit die Tätigkeit der Bankiersvereinigung erschwert wird,
- Dritte an der Bankwirtschaft oder am Finanzplatz Angriffsfläche finden.

Sie erreichen diese drei Absichten durch:

- starke Einschränkung der vergleichenden Werbung (Art. 1 Ziff. 2), Verbot der Propaganda zwecks Kontoeröffnung beim eigenen Institut im Bankenclearing (Art. 5 Ziff. 2),
- Ausdehnung des Geltungsbereiches lokaler Konventionen (Art. 4), Verbot von Sondervergütungen im Passivgeschäft über den üblichen Zins hinaus (Art. 6)²¹, Beschränkung der Abgabe von Werbegeschenken und Sparheften mit Ersteinlagen (Art. 7),
- Einschränkung der Werbung für Nummernkonti (Art. 1 Ziff. 3), Verbot der hausiererähnlichen Domizilbesuche (Art. 2 Ziff. 3) und Verbot der Eröffnung laufender Rechnungen, Depots etc. aufgrund von vereinzelt Gutschriften (Art. 5 Ziff. 1).

B. Vereinbarkeit mit BV 31^{bis} III lit. d

Diese drei eben dargestellten Absichten dürfen entsprechend BV 31^{bis} III lit. d keine volkswirtschaftlich oder sozial schädliche Auswir-

21 Artikel 6 bildet wegen der Diskussion um die Hypothekar- und Sparheftsätze eine wichtige Bestimmung der Konvention III. Elf Monate nach der Inkraftsetzung sah sich die SBVg zu einer umfangreichen Interpretation gezwungen, vgl. Zirkular Nr. 517 D vom 23. Dezember 1980 betr. Konvention III.

kungen haben²².

1. Die erste Absicht wirft keine Probleme auf, weil die Schädigung einer Bank durch eine andere lediglich zu Spannungen zwischen Privaten führt. Die volkswirtschaftliche oder soziale Schädlichkeit steht hier nicht in Frage.

2. Was die Zusammenarbeit unter den Banken anbelangt, so fällt die Antwort auf die Frage nach der volkswirtschaftlichen oder sozialen Schädlichkeit mit der Würdigung aller Vereinbarungen, Richtlinien und Empfehlungen zusammen²³. Denn die Konvention III selber enthält keine Vorschriften mehr, die den Wettbewerb im Sinne eines Instituts eindeutig beschränken²⁴. Vielmehr liegen eine Anzahl von Normen speziell im Interessen der kleineren und mittleren Banken^{25,26}.

22 Vgl. die Begründung zur direkten Anwendbarkeit von BV 31^{bis} III lit. d bei Note 12 des § 2 (Seite 43).

23 Vgl. dazu § 4 III Seite 85.

24 Der Vorwurf der gebietsmässigen Beschränkung der Konkurrenz, den die Kartellkommission der Vorgängerin der Konvention III machte, trifft heute nicht mehr zu. Denn nur noch im Falle einer aktiven Akquisition muss sich die auswärtige Bank oder Filiale an die lokalen Konventionen halten. Vgl. dazu Kartellkommission, Wettbewerbsverhältnisse 274; Ziff. I 5 des Zirkulars Nr. 192 D vom 7. April 1967 und Art. 4 Ziff. 2 der Konvention III.

25 So die Beschränkung der Werbeaktionen, bei denen Werbegeschenke verteilt werden oder das Verbot von Werbespots im schweizerischen Fernsehen. Vgl. dazu Art. 7 Ziff. 1 lit. b der Konvention III; Art. 9 Ziff. 2 der Konvention III und SBVg 68(1979/1980) 100.

26 Die Kartellkommission steht den Vereinbarungen, Richtlinien und Empfehlungen auch in der kürzlich erfolgten Untersuchung über das Bankwesen misstrauisch gegenüber. Auf der anderen Seite befürwortet sie Massnahmen, die nicht anders als durch Vereinbarungen, Richtlinien und Empfehlungen durchsetzbar sind. Vgl. dazu Kartellkommission, Konzentration 152 f. Vgl. auch NZZ vom 4./5. Juli 1981 Nr. 152 Seite 13 (Problematische Zinsabsprechen im Bankenbereich).

3. Die dritte Absicht ist problemlos. Die angewendeten Mittel liegen gar im öffentlichen Interesse.

C. Andere Rechtsfragen

Die Konvention III wirft aber noch andere, weniger entscheidende Fragen auf. Sie stehen im Zusammenhang mit der Teilnahme Dritter an einer Konventionsverletzung (1) und den öffentlich-rechtlichen Folgen einer Vertragsverletzung, zumal die Banken in der dritten Absicht auch öffentliche Interessen wahren wollen (2 u. 3).

1. Teilnahme Dritter an einer Vertragsverletzung

Bei der Konvention III können Dritte ein grosses Interesse haben, bewusst an einer Vertragsverletzung seitens der verpflichteten Bank teilzunehmen. Im Vordergrund stehen dabei Werbeagenturen, Verleger und Bankkunden.

Da eine Bank, die die Konvention verletzt, unlauteren Wettbewerb begeht, entsteht die Frage, ob dies nicht auch für den mithelfenden oder anstiftenden Dritten zutreffe²⁷.

Dabei ist zu berücksichtigen, dass unlauterer Wettbewerb eine Widerrechtlichkeit darstellt, die im konkreten Fall ihre Ursache in der

²⁷ UWG 8 i. V. m. OR 50 I. Vgl. auch § 2 II A 3 b Seite 46 - 47.

Verletzung eines berechtigten Vertrauens hat²⁸. Dieses berechnigte Vertrauen erstreckt sich aber nur auf diejenigen Banken, die am Geflecht einer Vereinbarung teilnehmen. Jede andere Auffassung würde den Grundsatz sprengen, wonach Verträge nur eine Beziehung zwischen den Parteien begründen²⁹.

Auf der anderen Seite sind Fälle denkbar, in denen Dritte trotzdem unlauteren Wettbewerb begehen können. Ich denke dabei an die Abhängigkeit des Dritten von der Bank, die die Konvention verletzt³⁰.

2. Aufsichtsrechtliche Folgen einer Vertragsverletzung

a. In der dritten Absicht der Konvention III wollen die teilnehmenden Banken öffentliche Interessen wahren. In diesem Zusammenhang entsteht die Frage, ob die Verletzung der Vereinbarung auch aufsichtsrechtliche Folgen nach sich zieht.

b. Die Bankenkommission hat den Auftrag, die sie betreffenden Vorschriften des Bankengesetzes durchzusetzen und die Handlungen einer einzelnen Bank in Einklang mit der Gemeinschaft zu bringen³¹.

c. Liegt mit der Vertragsverletzung gleichzeitig eine Gesetzesverletzung vor, so sind die aufsichtsrechtlichen Folgen ohne weiteres zu be-

28 Vgl. § 2 II A 3 Seite 47.

29 Oftinger, Haftpflichtrecht 132 f; von Büren N 62 zu UWG 1 I.

30 Gl. M. von Büren N 62 zu UWG 1 I. BGE 82 II 544 - 547 beschreibt einen derartigen Fall. Eine differenziertere Ordnung befürwortet Eulau 202 f und 60 - 100.

31 Vgl. BaG 23^{ter} I und § 1 II A Seite 21 - 22.

jahren. Als Beispiel sei die aufdringliche Werbung mit schweizerischen Einrichtungen erwähnt (BaG 4^{quater})³².

d. Zum Einschreiten der Bankenkommision muss aber nicht in jedem Fall eine Gesetzesverletzung vorliegen. Das Bestehen eines sonstigen Missstandes genügt. Würde beispielsweise eine Bank hausiererähnliche Domizilbesuche durch einen eigens zu diesem Zweck gebildeten Vertreterstab durchführen und bestände die Gefahr, dass dieses Verhalten weitere Kreise zöge, so müsste ein Missstand bejaht werden³³. Denn das in Frage stehende Verhalten ist nicht mehr mit der Gemeinschaft vereinbar. Eine Vertragsverletzung kann daher auch bei fehlender Gesetzesverletzung aufsichtsrechtliche Folgen nach sich ziehen.

3. Strafrechtliche Folgen einer Vertragsverletzung

a. Nach Art. 46 I lit. e BaG macht sich u. a. strafbar, wer in der Werbung schweizerische Einrichtungen missbräuchlich verwendet. Nach der Absicht des Gesetzgebers soll dieser Tatbestand demjenigen von Art. 4^{quater} BaG entsprechen³⁴.

32 Bei der Auslegung der aufdringlichen Werbung mit schweizerischen Einrichtungen ist aber darauf zu achten, dass der Tatbestand gleich zwei unbestimmte Gesetzesbegriffe enthält. Zur Bestimmung dieser beiden Begriffe erscheint mir die Verwendung von Verbandsnormen als zulässig, sofern die entsprechende Ausformung der Absicht des Gesetzgebers entspricht. Vgl. Bodmer/Kleiner/Lutz N 3 zu BaG 4^{quater}. Art. 1 Ziff. 3 der Konvention III lautet: "Es ist unzulässig, in den Medien (Zeitungen, Zeitschriften, Radio, Fernsehen) und mit Prospekten, Zirkularbriefen etc. für Nummernkonti zu werben."

33 Art. 2 Ziff. 2 der Konvention III. Vgl. dazu die Bemerkungen über die Bestimmung des Missstandsbegriffes mit Hilfe von Verbandsnormen in § 1 III C Seite 34.

34 Bodmer/Kleiner/Lutz N 1 zu BaG 46.

Da bei der Auslegung von Art. 4^{quater} BaG Art. 1 Ziff. 3 der Konvention III eine Rolle spielt, kann eine Vertragsverletzung in einem beschränkten Bereich auch strafrechtliche Folgen nach sich ziehen³⁵.

III. Richtlinien für die Ausübung von Verwaltungsaufträgen an die Bank vom 7. September 1979

Am Anfang steht eine Uebersicht über den Inhalt und den Aufbau (A). Dann folgt eine Antwort auf die entscheidende Frage, ob die Teilnahme der Bankkommission mit dem Gedanken der Bankenaufsicht vereinbar sei (B). Zwei andere Rechtsfragen bilden den Abschluss des besonderen Teils (C).

A. Uebersicht über den Inhalt und Aufbau

Die Richtlinien stehen in Zusammenhang mit dem Bedeutungszuwachs der indifferenten Bankgeschäfte und dem Bedeutungsverlust der Zinsdifferenzgeschäfte³⁶. Eine der wichtigsten Sparten der indifferenten Geschäfte, die in der Bankbilanz nicht zum Ausdruck kommen, bildet die Verwahrung von Forderungen der Kunden gegen Dritte und die dazugehö-

35 Vgl. die Bemerkungen zur Auslegung von BaG 4^{quater} in N 32 zu § 3 (Seite 72).

36 Vgl. dazu Schweizerische Nationalbank, Das schweizerische Bankwesen 82 f.; EBK (1979) 24 f.

rige Verwaltung^{37,38}.

1. Inhalt

Die Richtlinien regeln nicht die gesamte Verwahrung und Verwaltung. Sie ordnen nur denjenigen Punkt, der für die einzelne Bank und die entsprechenden Kunden die grösste Gefahr darstellt: nämlich die Vermögensverwaltung, bei der der Kunde der Bank die volle Freiheit lässt. Die Richtlinien wollen dabei sowohl die Rahmenbedingungen als auch die Art der Durchführung verbessern. Sie erreichen diese Absichten durch:

- Der Verwaltungsauftrag muss der Bank schriftlich erteilt werden (Ziff. 2 u. 3);
die Bank muss die für die Vermögensverwaltung verantwortlichen Organe bezeichnen (Kommentar zu Ziff. 4);
die Bank hat sich bei der Anlage auf Informationen aus zuverlässigen Bezugsquellen zu stützen und Klumpenrisiken zu vermeiden (Ziff. 14).
- Der Verwaltungsauftrag schliesst eine Reihe "unüblicher" Geschäfte aus (u. a. Darlehen kommerzieller Natur, Immobiliengeschäfte, Kauf und Verkauf von Nichtedelmetallen oder Devisentermingeschäfte)³⁹.

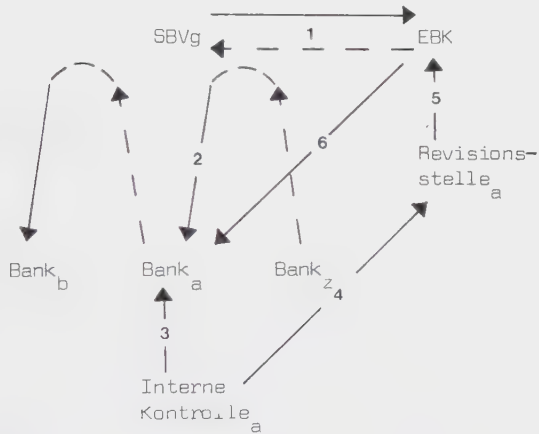
37 Die Vermögensverwaltung beschäftigt direkt oder indirekt ein Drittel sämtlicher Bankangestellten, vgl. Bär 85.

38 Vgl. auch die Bemerkungen zur Rechtsnatur des Verwaltungsauftrages als Verbindung zwischen Hinterlegungsvertrag, Auftrag und Kommissionsvertrag in BGE 101 II 121 und Umbricht-Maurer 1 f.

39 Kommentar zu Ziff. 9, Ziff. 10 und 11.

2. Aufbau

Eine genauere Betrachtung drängt sich auf, weil bei diesen Richtlinien neben der Bankiervereinigung und den Banken auch noch die Interne Kontrolle, die bankengesetzliche Revisionsstelle und die Bankenkommission eine Rolle spielen.



- 1 EBK veranlasst und genehmigt Richtlinien für die Ausübung von Verwaltungsaufträgen⁴⁰.
- 2 SBVg erlässt auf Grund dieser Vereinbarung die Richtlinien.
- 3 Die Interne Kontrolle_a überprüft gemäss Ziff. 7 RAV die Einhaltung der erlassenen Richtlinien.

40 Vgl. dazu § 1 I A 4 Seite 15 - 17.

- 4/ Die Revisionsstelle^a hat bei der Abfassung ihres Berichtes an die
- 5 Bankenkommision insbesondere zu kontrollieren, ob die Verwaltung von Kundenvermögen in den Statuten, Reglementen oder Weisungen geregelt ist⁴¹.
- 6 Die Revisionsstelle oder die Bankenkommision treffen je nach Missstand die erforderlichen Massnahmen⁴².

• B. Vereinbarkeit mit BaG 23^{ter} I

1. Mit der von der Bankenkommision veranlassten Richtlinien der Bankiervereinigung verschafft die EBK den bankengesetzlichen Revisionsstellen die Hilfsmittel, um die Zweckmässigkeit der inneren Organisation zu überprüfen (BaV 44 lit. o).

In diesem Zusammenhang entsteht die Frage, ob die Teilnahme der Bankenkommision mit dem Gedanken der Bankenaufsicht vereinbar sei.

2. Die Teilnahme der Aufsichtsbehörde ist dann zulässig, wenn eine Unverträglichkeit mit der Gemeinschaft in Frage steht und die Ursache dafür in der Handlung einer einzelnen Bank liegt⁴³.

3. Der Verstoss gegen die Richtlinien führte in der Vergangenheit in einzelnen Fällen zu Bankeninsolvenzen, da die mangelhafte Verwaltungstätigkeit Schadenersatzpflichten nach sich zog⁴⁴. Weil jede Bankeninsolvenz eine Vielzahl von Personen schädigen kann, ist die Verlet-

41 BaV 44 lit. o und Weisungen der EBK an die Revisionsstellen vom 26. September 1978 Seite 22.

42 Vgl. BaG 21 III, IV und 23^{ter} I.

43 Vgl. § 1 II A 2 Seite 21 - 22.

44 EBK (1977) 17; EBK (1977) 27; SBVg 68 (1979/1980) 81.

zung der Richtlinien als unverträglich mit der Gemeinschaft zu betrachten.

4. Die von der Bankiervereinigung erlassenen Richtlinien wurden bisher von der Überwiegenden Zahl der Banken bereits beachtet⁴⁵. Die Verletzung der Richtlinien stellt daher die Handlung einer einzelnen Bank dar.

5. Die Teilnahme der Bankenkommission an den Richtlinien für die Ausübung von Verwaltungsaufträgen an die Bank ist so mit dem Gedanken der Bankenaufsicht vereinbar.

C. Andere Rechtsfragen

Die Verletzung der Richtlinien für die Ausübung von Verwaltungsaufträgen an die Bank kann neben wettbewerbsrechtlichen auch noch aufsichtsrechtliche und zivilrechtliche Folgen haben (1 und 2)⁴⁶.

1. Aufsichtsrechtliche Folgen einer Richtlinienverletzung

Die Verletzung der Richtlinien zieht dann aufsichtsrechtliche Folgen nach sich, wenn ein Verstoß nicht mehr mit der Gemeinschaft, mithin der öffentlichen Ordnung vereinbar ist. Für die Bankenkommission, die BaG 23^{ter} I anzuwenden hat, bildet die Verletzung von Berufsregeln

45 SBVg 68(1979/1980) 81.

46 Vgl. zu den wettbewerbsrechtlichen Folgen § 2 II A 3 b Seite 46 - 47.

einen Anhaltspunkt für die Auslegung des Missstandsbegriffes⁴⁷. Die Verletzung der Richtlinien kann somit aufsichtsrechtliche Folgen haben.

2. Zivilrechtliche Folgen einer Richtlinienverletzung

a. Bei der Abwicklung eines Verwaltungsauftrages kann dem Bankkunden infolge einer Verletzung einer Richtlinie ein Schaden entstehen. In diesem Zusammenhang entsteht die Frage, ob die Bank für den so entstandenen Schaden aufkommen muss.

b. Die entsprechende Bank muss dann für den Schaden eintreten, wenn ihr der Kunde eine Nicht- oder nicht gehörige Erfüllung im Sinne von OR 97 I, d. h. eine Vertragsverletzung nachweist.

c. Was die Bestimmung des Vertragsinhaltes anbelangt, so ist in erster Linie die ausdrückliche Abmachung zwischen der Bank und dem Kunden heranzuziehen. In vielen Fällen fehlt aber eine umfassende Regelung der einzelnen Vertragspflichten, so dass sich eine ergänzende Auslegung aufdrängt⁴⁸. Den Massstab zur Auslegung bildet Treu und Glauben (ZGB 2 I). Die Verwendung von kodifizierten Bankusancen, die zudem mit der Auffassung der Bankenkommission übereinstimmen, entspricht diesem

47 § 1 III C Seite 34.

48 Weder das Formular 22 in Umbricht-Maurer noch der Sachverhalt von BGE 101 II 121 ff enthalten eine so vollständige Regelung, wie sie die Bankiervereinigung ausgearbeitet hat.

Gebot^{49,50}.

c. Die Verletzung einer Richtlinie kann demnach mittelbar, durch die Bestimmung der Vertragspflichten, zivilrechtliche Folgen nach sich ziehen .

49 Zur Verwendung der Usancen als Mittel der Auslegung vgl. Oftinger, Bundesgerichtspraxis 38 - 45. Vgl. auch EBK (1979) 28 f und Zirkular Nr. 443 D vom 7. September 1979 betr. Richtlinien für die Ausübung von Verwaltungsaufträgen an die Bank.

50 Schäden entstehen meist in Ausführung eines Auftrages, vgl. § 3 N 38 Seite 74. In diesem Zusammenhang spricht sich Georg Gautschi gegen die Anwendung von OR 97 ff aus, vielmehr sei eine aus Art. 398 I/II OR fliessende objektive Unsorgfalt der Haftungsgrund des Beauftragten, vgl. Gautschi N 23 a und 25 b zu OR 398. Gleichzeitig lehnt er sich an die Beweislastverteilung und an die Exkulpationsmöglichkeit von OR 97 an, vgl. Gautschi N 23 a und b zu OR 398. M. E. ist eine direkte Anlehnung an OR 97 einsichtiger, wobei diese Ueberlegung nichts am Resultat von Georg Gautschi ändert.

§ 4 Ausblick

Vereinbarungen, Richtlinien und Empfehlungen stehen oft in unmittelbarer Nähe zu den gesetzlichen Ordnungsmitteln. Ein Vergleich mit ihnen drängt sich zunächst auf (I). Auf Grund bisheriger Erfahrungen möchte ich dann einige Ausführungen über den künftigen Anwendungsbereich wegen (II). Eine Würdigung der Vereinbarung, Richtlinien und Empfehlungen schliesst die Arbeit ab (III).

I. Vergleich zu anderen Ordnungsmitteln

Seit Bestehen der Bankiervereinigung haben Vereinbarung, Richtlinien und Empfehlungen eine enge Beziehung zu den gesetzlichen Ordnungsmitteln: Notrecht im Sinne von BV 89^{bis} I/III und Gesetz lösen Vereinbarungen ab; Vereinbarungen ersetzen Notrecht oder Vereinbarungen geben dem Gesetz oder Notrecht den Inhalt¹. Ein Vergleich mit den gesetz-

1 So löste der dringliche Bundesbeschluss über Massnahmen auf dem Gebiete des Kreditwesens vom 20. Dezember 1972 (AS 1972 II 3068 - 3073) und das revidierte Nationalbankgesetz vom 15. Dezember 1978 (AS 1979 II 983 - 993) die Vereinbarung über die Mindestguthaben und die zulässige Kreditausweitung vom 1. September 1969 ab; so ersetzte die Konvention XIV betreffend Emissionskontrolle die auf den dringlichen Bundesbeschluss über die Bekämpfung der Teuerung ... vom 13. März 1964 (AS 1964 213 - 217) abgestützte Verordnung über die Meldepflicht für öffentliche Emissionen vom 24. April 1964 (AS 1964 426 - 427); so erklärte der Bundesrat auf Grund eines dringlichen Bundesbeschlusses über die Bekämpfung der Teuerung ... vom 13. März 1964 (AS 1964 213 - 217) die Vereinbarung zwischen der SNB und den Banken über die Kreditbegrenzung vom 1. Mai 1964 für allgemeinverbindlich (AS 1964 521 - 525).

lichen Mitteln drängt sich auf.

Vernünftige Massstäbe zu finden, bereitet allerdings Schwierigkeiten. Eine mögliche Antwort liegt m. E. im Markt, den diese Normen regeln wollen, stehen doch eine Vielzahl von Banken und Bankengruppen einem Markt gegenüber, der sich sehr rasch verändern kann. Das bedingt namentlich Regeln, die rasch zur Verfügung stehen, die anpassungsfähig und durchsetzbar sind.

Ein grosser Vorteil der Vereinbarungen, Richtlinien und Empfehlungen liegt darin, dass sie rasch vorliegen, während Notrecht zunächst ein hohes Mass an Dringlichkeit und die ordentliche Gesetzgebung eine grösserer Zahl von Zwischenverfahren erfordert².

Was die Anpassungsfähigkeit anbelangt, so entsprechen die Vereinbarungen/Richtlinien/Empfehlungen und das Notrecht diesem Erfordernis³. Hingegen fällt insbesondere beim Nationalbankgesetz die detaillierte Festlegung der Mittel auf.

Anders fällt der Vergleich hinsichtlich der Durchsetzbarkeit aus. Während hinter Notrecht und Gesetz die Macht des Staates steht, sind Vereinbarungen, Richtlinien und Empfehlungen von einem Verband getragen, der auch auf die Einzelinteressen Rücksicht zu nehmen hat. Zudem sind die Mitgliedschaft in der Bankiervereinigung und die Teilnahme an Vereinbarungen freiwillig.

2 Botschaft über einen Konjunkturartikel in der Bundesverfassung vom 27. September 1976 (BB1 1976 III 682 - 683).

3 Namentlich die dringlichen Bundesbeschlüsse über den Schutz der Währung vom 8. Oktober 1971 (AS 1971 1449 - 1451) und über Massnahmen auf dem Gebiete des Kreditwesens vom 20. Dezember 1972 (AS 1972 II 3068 - 3073) ermöglichen eine weitgehende Anpassung der Mittel an die Entwicklung des Marktes durch weitgehende Delegation der Kompetenzen an Bundesrat und SNB.

Der Vergleich zwischen Vereinbarung, Notrecht und Gesetz stimmt aber insofern nicht, als sie in manchen Fällen zusammenspielen, wobei den Vereinbarungen die Rolle des Vorläufers zukommt⁴.

II. Künftiger Anwendungsbereich

Auch eine Antwort auf die Frage des künftigen Anwendungsbereiches fällt nicht leicht, haben doch Vereinbarungen, Richtlinien und Empfehlungen in manchen Fällen gerade Unvorhersehbarkeiten zum Gegenstand. Die bisherige Entwicklung erlaubt allerdings, eine gewisse Richtung aufzuzeichnen, die sich je nach Beziehung unterscheidet:

A. Bankiervereinigung - Banken

Auf zwei Ebenen liegen Spannungen in der Luft, die über kurz oder lang zu Vereinbarungen führen werden. Auf der einen Seite besteht wenig

⁴ Als letztes Beispiel sei das in Vorbereitung stehende Konsumkreditgesetz erwähnt. Vgl. Zirkular Nr. 515 D vom 15. Dezember 1980 betr. Konsumkredit/Muster - Darlehensvertrag; Zirkular Nr. 539 D vom 15. Mai 1981 betr. Verzicht auf Lohnzession und die Konvention über Werbeeinschränkungen im Konsumkreditgeschäft, in Kraft seit dem 1. Januar 1981.

Diese Bemerkung gilt auch für den Bereich der Bankenaufsicht: So erklärte sich eine Reihe von Banken bereit, der EBK probeweise konsolidierte Bilanzen einzureichen, vgl. SBVg 66(1977/1978) 70 - 71, Richtlinien der EBK vom 17. März 1978 und BaV 44 lit. b vom 1. Dezember 1980 (AS 1980 II 1817).

Aussicht auf einen Abbau des Konkurrenzkampfes, weil sowohl der Ausbau als auch die Rückbildung des Auslandgeschäftes zu einer Verschärfung oder Verlagerung der Konkurrenz führen⁵.

Auf der anderen Seite bildet das Geld den Gegenstand des Bankgeschäftes, was regelmässig zu Berührungspunkten mit einer weiteren Oeffentlichkeit führen wird⁶.

Diese paar Gedanken zeigen auf, dass für die Vereinbarungen, Richtlinien und Empfehlungen ein weiterer Anwendungsbereich bleibt, um mit entsprechenden Lösungen den Erfordernissen der Zeit zu entsprechen.

B. Bankiervereinigung - Nationalbank

Auch hier sind zwei Wege vorgezeichnet. Der eine steht im Zusammenhang mit der Notenbankpolitik in Konjunkturfragen, wonach die SNB Globalsteuerung mit gezielten Massnahmen zugunsten einzelner Branchen und Regionen verbindet⁷.

Der andere steht in Zusammenhang mit der Beschränkung des Notenbankinstrumentariums auf Grund von BV 31^{quinquies}. Auch dieser Wirtschaftsartikel ist letztlich rückwärtsgerichtet und erlaubt hoheitliche Massnahmen nur, sofern eine ausgeglichene konjunkturelle Entwicklung in Frage steht⁸. Unwissenschaftliche Ueberlegungen über die heutige Arbeitslosigkeit und Teuerung in europäischen Ländern lassen

5 Leutwiler 2 - 3; Schweizerische Kartellkommission, Konzentration 123 - 124.

6 Vgl. auch Sarasin, Bankiervereinigung 146 - 147.

7 Schürmann, Finanzplatz 128.

8 Vgl. Huber 58.

Zweifel aufkommen, ob in der konjunkturellen Entwicklung tatsächlich die ausschliessliche Ursache der "neuen" Teuerung und Arbeitslosigkeit liegt.

Beide möglichen Anwendungsbereiche erfordern Mittel, die u. a. rasch einsetzbar und anpassungsfähig sind. Wiederum stechen die Vereinbarungen, Richtlinien und Empfehlungen hervor⁹.

C. Bankiervereinigung - Bankenkommission

Die Spannungen, die sich unter den Banken abzeichnen, berühren ab einem gewissen Mass auch die Aufgabe der Bankenkommission. Einen zusätzlichen Bereich betreffen die Beziehungen zwischen den Banken und den Kunden, weil nicht nur der Aufbau der Bank, sondern auch die Geschäftsabwicklung zu Unverträglichkeiten mit der Gemeinschaft führen können^{10,11}.

Beide möglichen Anwendungsbereiche erfordern Mittel, hinter denen ein hohes Mass an Sachverstand steht, was wiederum den Vereinbarungen zum Vorteil gereicht.

9 Ob Vereinbarungen nur bei schönem Wetter und nicht auch bei Sturm anwendbar seien, spielt m. E. nicht eine so grosse Rolle, vgl. Tuchtfeldt 104; Hans Schmid 397; Felder 40. Entscheidend dürfte sein, dass überhaupt ein rasch einsetzbares und anpassungsfähiges Mittel zur Verfügung steht.

10 A. M. Kleiner 16.

11 Bezüglich der Allgemeinen Geschäftsbedingungen (=AGB) im Bankverkehr schlägt Forstmoser 32 einen anderen Weg vor: Er begrüsst eine umfassendere richterliche Kontrolle der AGB nach Massstäben der Sachgerechtigkeit, Ausgewogenheit und Angemessenheit (Seite 32).

III. Würdigung

Als grösste Vorteile der Vereinbarungen, Richtlinien und Empfehlungen fallen auf, dass die Banken mit ihnen über ein rasch einsetzbares, anpassungsfähiges und wirksames Instrument verfügen¹². Hinter ihnen steht eine Organisation, die repräsentativ aufgebaut ist und die mit Hilfe des Sachverständes wesentliches Gewicht hat. Im weiteren ermöglicht dieses Instrument, Erfahrungen zu sammeln. Gerade in der Schweiz, in der die Meinungsbildung vielschichtig verläuft, kommt den Erfahrungen, selbst den negativen, grosse Bedeutung zu.

Anstoss erwecken Vereinbarungen, Richtlinien und Empfehlungen insofern, als sie notwendige, staatliche Massnahmen verzögern können¹³. Auch kann in einigen Fällen, in denen Vereinbarungen Interessen der Gemeinschaft betreffen, die Art der Regelung einer Umgehung des ordentlichen Gesetzgebungsverfahrens gleichkommen¹⁴.

Insgesamt vermögen die unter Mitwirkung der Schweizerischen Bankiervereinigung erfolgten Vereinbarungen, Richtlinien und Empfehlungen einen Beitrag zur Sachgerechtigkeit im Wirtschaftsgefüge beizutragen. Ihre Anwendung setzt aber Kenntnisse der Wirkungsweise, der mit ihnen zusammenhängenden Organisationen, der rechtlichen Eigenheiten, der Stärken und Schwächen voraus. Gedanken darüber anzustellen, war der Zweck der vorliegenden Arbeit.

12 Auch in Kriegs- und Krisenzeiten spielen sie eine wichtige Rolle, vgl. für die Verhältnisse SNB - Banken die Jubiläumsschrift 1907 - 1957 der Schweizerischen Nationalbank 235 - 242.

13 Auch verfassungsrechtliche Diskussionen trugen 1969 zur Verzögerung der Revision des Nationalbankgesetzes bei, vgl. Felder 38 - 39.

14 Vgl. NZZ vom 5. Oktober 1969 Nr. 606 Seite 17.

LEBENS LAUF

Ich wurde am 2. Januar 1954 in Bern geboren und besuchte dort die
Primar- und für eine kurze Zeit die Sekundarschule. Im Frühling 1974
schloss ich am Lyceum Alpinum Zuoz die Mittelschule ab. Bis zur Im-
matrikulation an der Universität Zürich im Herbst 1975 folgte der
Militärdienst. Anfangs Mai 1980 waren die Lizentiatsprüfungen be-
standen.

